

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

SUR

LE POUVOIR DE SURSIS DONNÉ AU JUGE EN MATIÈRE DE DIVORCE

PAR L'ARTICLE 246 N. DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Mardi 28 Mai 1912, à 3 heures,

PAR

Jacques LEMAIRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. TISSIER.

Suffragants { MM. THALLER, professeur.
PERCEROU, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTE DE DROIT

ETUDE

SUR

LE POUVOIR DE SURSIS DONNÉ AU JUGE

EN MATIÈRE DE DIVORCE

PAR L'ARTICLE 246 N. DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 28 Mai 1912, à 3 heures,

PAR

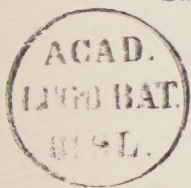
Jacques LEMAIRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. TISSIER.

Suffragants { MM. THALLER, professeur.
PERCEROU, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

A MES PARENTS

CHAPITRE I

L'ARTICLE 246 N.. ORIGINE ET ROLE HISTORIQUE DU SURSIS DANS L'INSTITUTION DU DIVORCE. SON APPLICATION EN JURISPRUDENCE. LA DOCTRINE.

1. **L'article 246 n.** — Au Code civil, livre I (Des personnes), titre VI^e (Du divorce), chapitre II (De la procédure du divorce), section I^{re} (Des formes du divorce), l'article 246 nouveau, dont la rédaction est due à la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps, est ainsi conçu :

« Lorsque la demande en divorce a été formée pour
« toute autre cause que celle qui est prévue par l'ar-
« ticle 232 (condamnation de l'un des époux à une peine
« afflictive et infamante), le tribunal, encore que cette
« demande soit bien établie, peut ne pas prononcer
« immédiatement le divorce.

« Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation
« séparée et les mesures provisoires, pendant un délai
« qui ne peut excéder six mois.

« Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se
« sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer
« l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai

« de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce. »

2. Son fonctionnement. — Pour donner le sens général de ce texte, montrons son application dans le cas normal d'une demande en divorce formée par l'un des époux et sur laquelle l'autre époux s'est constitué.

Le demandeur a intenté son action en s'appuyant sur les articles 229, 230 ou 231 du Code civil (adultère, excès, sévices, injures graves); il a fait la preuve des griefs qu'il articulait contre son conjoint, soit par les pièces qu'il a versées aux débats, soit par témoins; les plaidoiries ont été prononcées, le ministère public a été entendu. Le tribunal, désormais fixé sur le bien fondé de la demande et considérant celle-ci comme établie, n'a plus qu'à autoriser le divorce, à « prononcer » le divorce, pour employer l'expression insérée dans la loi et usitée en pratique. Il n'en fait rien cependant. Et de quel droit? Les conditions d'obtention d'un jugement de divorce ne sont-elles pas réunies et un jugement de divorce, n'est-ce pas simplement une autorisation de divorcer, après constatation judiciaire d'une ou plusieurs causes de divorce? Sans doute! mais, en vertu de l'article 246 n. Code civil, cette autorisation peut ne pas suivre immédiatement cette constatation et le tribunal, usant précisément de la faculté que lui donne cet article, déclare dans son dispositif remettre à plus tard l'octroi de cette autorisation, en ordonnant ou en maintenant pendant l'intervalle, la séparation provisoire des époux. Il rend ainsi ce qu'en l'absence d'une dénomination spéciale de la loi on a coutume d'appeler un jugement de sursis.

S'il lui est permis, pour des raisons que nous aurons à examiner tout à l'heure, de retarder de la sorte les effets

normaux des causes de divorce établies devant lui, le tribunal ne peut toutefois fixer à plus de six mois la durée de cette suspension et, dès que le délai par lui prescrit se sera écoulé sans qu'une réconciliation conjugale ait anéanti avec les causes mêmes d'un divorce le jugement qui en fournissait la justification, chacun des époux, le défendeur originaire comme le demandeur, pourra faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal pour se voir enfin accorder par jugement la permission de divorcer, sur le simple rappel de la décision qui l'avait différée.

3. Rôles possibles du sursis dans l'institution du divorce.— Tel nous apparaît, sommairement décrit dans son fonctionnement, l'article 246 n. du Code civil. Cherchons à discerner maintenant son but. L'existence d'une pareille période intercalaire dans la procédure du divorce doit en effet répondre à certaines idées pratiques. Quelles pourraient être celles-ci ? Il est facile de s'en rendre compte en envisageant séparément chacun des principaux éléments de l'institution du sursis.

Que l'on veuille bien tout d'abord ne considérer que le refus momentané opposé à une demande en divorce pourtant justifiée, on pourra penser alors que ce refus n'a pas d'autre but à l'égard du demandeur que de mettre à l'épreuve sa volonté de divorcer.

Que l'on ne s'attache d'autre part qu'à la séparation provisoire dont le sursis entraîne le maintien ou l'établissement et dont la durée est subordonnée soit au consentement mutuel des époux qui la feront cesser en se réconciliant, soit à la décision de l'un d'eux qui fera « prononcer » le divorce après l'expiration du délai fixé, on pourra l'assimiler en quelque sorte à une période d'essai du divorce : les époux sont mis ainsi officielle-

ment à l'épreuve du divorce et ce temps d'expérience sera une tentative suprême de conciliation par la méthode de l'isolement, nous voulons dire, par la séparation d'habitation exigée des époux.

Que l'on ne songe enfin qu'à la nature même de ces causes de divorce qui bien qu'établies ne produisent pas cependant un effet immédiat, on pourra voir alors simplement (la constatation est presque naïve) dans la suspension de leurs effets le moyen de retarder la réalisation du divorce dans des cas où il répugne au législateur d'admettre la rupture immédiate des liens matrimoniaux.

Ainsi ; période d'épreuve de la volonté du demandeur, épreuve de divorce, suprême essai de conciliation ou attermolement pur et simple, tels sont les aspects différents sous lesquels le sursis peut être envisagé. Pouvoir appliquer le sursis, c'est, pour le juge, avoir un moyen de contrôle, d'expérimentation, de conciliation ou de temporisation.

4. Son origine. — De tous les rôles si divers que le sursis semble pouvoir jouer, quel est celui dont l'utilité a paru si pressante au législateur qu'elle a en quelque sorte fait naître l'institution qui devait le remplir ? De toutes ces fonctions quelle est celle qui a créé l'organe ? Y a-t-il eu, au contraire, action simultanée de toutes ces forces de production législative ?

C'est aux travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 qu'il semblerait que nous dussions nous adresser pour trouver la réponse à cette question, puisque l'article 246 n. date de cette loi ; mais, outre la brièveté des éclaircissements qu'ils nous fournissent sur ce point, ils nous incitent à nous reporter préalablement au Code civil et à sa discussion, en nous faisant connaître, dès la première

ligne de l'exposé des motifs de notre disposition, que celle-ci est la reproduction, retouchée il est vrai, des anciens articles 259 et 260 du Code civil.

5. Travaux préparatoires du Code civil. — Plaçons-nous donc à l'époque de la confection de la loi qui formera le titre du divorce au Code civil : le projet en est présenté par Portalis au Conseil d'Etat le 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801). Le divorce a fait depuis neuf ans son apparition dans la législation française par la loi du 20 septembre 1792, que d'autres textes sont venus modifier, sans qu'on trouve trace dans l'une comme dans les autres d'un pouvoir de sursis quelconque donné aux seuls juges qu'on y rencontre : les arbitres de famille dans la procédure du divorce pour cause déterminée. Quant au divorce par consentement mutuel ou pour cause d'incompatibilité, il s'obtient sans jugement par la facile observation de pures formalités et de simples délais.

C'est dans ces conditions que la discussion s'engage au Conseil d'Etat sur le projet de la Commission du Gouvernement qui, s'il restreint dans des limites plus étroites la faculté de divorcer, ne fait lui non plus aucune place à l'institution dont nous recherchons l'origine et les raisons d'introduction. Les premières séances se passent en échanges d'idées générales et confuses, mais, malgré bien des contradictions, bien des régressions, on voit cependant peu à peu se dégager la conception d'une séparation temporaire des époux prononcée judiciairement et précédant obligatoirement le divorce en certain cas. Qu'on en juge par ces extraits successifs des procès-verbaux.

6. — Le Premier Consul ayant émis cette pensée à la fin de la première séance, 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801), que « en général les sévices sont des causes de

« séparation et non de divorce » (Fenet. IX, p. 277), le Conseiller d'Etat Th. Berlier en prend texte pour observer au début de la séance suivante, 16 vendémiaire an X (8 octobre 1801), qu' « il croit avoir entendu proposer que
« la simple séparation de corps et de biens fût substituée
« au divorce en cas de sévices..... Que si l'on a voulu
« parler d'une séparation à temps, ou d'un délai qui doit
« être d'autant plus long que la cause est moins grave,
« cela se conçoit bien », et il termine en insistant « pour
« que les sévices prouvés ne soient point retranchés des
« causes qui peuvent opérer le divorce » (Fenet. IX, p. 281). Ils sont en effet compris par le projet dans les causes de divorce.

M. Boulay, président de la Section de législation, propose peu après « de faire précéder le divorce d'une séparation pendant cinq ans comme épreuve » en certains cas. « Il voudrait que le divorce absolu fût admis pendant
« tout le cours du mariage, mais seulement pour crimes,
« ou pour toute autre cause grave et déterminée ; que la
« séparation fût également admise pour les autres causes
« moins graves ; et que si, dans l'espace de cinq ans, il
« n'y avait pas de rapprochement entre les époux, chacun
« d'eux pût demander le divorce, parce qu'alors l'incompatibilité serait prouvée. » (Fenet. IX, p. 290).

M. Boulay répète plus loin « qu'il ne voudrait de divorce
« que pour des causes graves ; et que pour les autres on
« n'admit que la séparation de corps : elle serait facultative, lorsqu'elle devrait être sans retour ; elle serait
« forcée, lorsqu'elle devrait avoir lieu avant le divorce et
« par forme d'épreuve. » (Fenet. IX, p. 295).

A la séance du 24 vendémiaire an X (16 octobre 1801), M. Boulay développe son système rédigé par lui en arti-

cles sur l'invitation du Conseil d'Etat : « Il est nécessaire,
« dit il, de distinguer d'abord les causes absolues de
« divorce, celles qui sont de nature à le faire prononcer
« immédiatement sans aucune épreuve ni restriction. »
Et il énumère ces causes dans les articles 1, 2 et 3 : ce
sont l'adultère, l'attentat à la vie d'un des époux de la part
de l'autre et la condamnation d'un des époux à une peine
afflictive ou infamante. « L'article suivant (article 4) auto-
« rise celui des époux qui, pour une de ces causes, a droit
« de demander le divorce, à se borner à la demande en
« séparation de corps et de biens. Mais, outre cette sépa-
« ration facultative et politique qui remplace le divorce,
« M. Boulay en admet une autre, que l'on peut appeler
« séparation d'épreuve, qui ne tient pas lieu du divorce,
« mais qui, dans certains cas, est un moyen de s'assurer
« que le divorce peut être légitime. — Il faut considérer que,
« s'il est des causes qui anéantissent pour ainsi dire d'un
« seul coup le mariage, il en est aussi qui, sans produire
« immédiatement le même effet, le produisent par leur
« continuité : telles sont celles indiquées par l'article 5
« (article 5 : « Les sévices et les mauvais traitements, la
« diffamation publique, et toute autre cause dont l'effet
« continué rendrait impossible la vie commune entre les
« époux, donneront lieu à la séparation de corps et de
« bien. »). Ces causes, considérées dans un instant donné,
« ne sont pas très graves par leur nature : elles peuvent
« être l'effet d'un caprice ou d'une passion passagère ;
« elles sont susceptibles d'oubli : elles diffèrent d'ailleurs
« par les nuances des caractères, de l'éducation et des con-
« ditions. Ainsi, les admettre comme causes immédiates
« de divorce, ce serait porter une atteinte trop funeste à
« la sainteté du mariage : il ne faut donc les admettre

« d'abord que comme causes de séparation. La séparation
« laisse subsister le mariage : les époux, quoique séparés,
« restent toujours engagés l'un à l'autre : mais étant sé-
« parés, les causes qui avaient altéré leur union peuvent
« s'anéantir ou s'affaiblir ; le temps peut les ramener à
« des sentiments plus calmes ; des parents, des amis peu-
« vent s'interposer ; enfin l'amitié peut renaître, ou du
« moins la raison se faire entendre, et ramener les époux
« l'un à l'autre. Mais si, malgré la séparation et l'intervalle
« de trois années, les époux restent désunis, si rien n'a
« pu les rapprocher, que doit-on en conclure ? Qu'il existe
« entre eux un obstacle insurmontable ; que les causes
« qui ont amené la séparation sont plus graves qu'on ne
« l'avait d'abord cru, et que peut-être même elles en
« cachent de plus secrètes qu'on n'a pas voulu dévoiler.
« Alors il est clair qu'il ne peut plus y avoir d'union entre
« les époux, ni par conséquent plus de mariage. Dès lors,
« l'intérêt des époux, celui de la société, la raison, tout
« commande d'accorder le divorce à l'époux qui a obtenu
« la séparation ; car il ne conviendrait pas que l'autre pût
« se faire un titre de ses propres torts pour le demander. »
D'où l'article 6 : « Quand la séparation aura été prononcée
« aux termes de l'article précédent, si elle subsiste pen-
« dant trois ans sans qu'il y ait eu de rapprochement entre
« les époux, le divorce sera prononcé sur la demande de
« celui qui aura obtenu la séparation. ». « Tel est, ajoute
« le procès-verbal, le fond du système de M. Boulay,
« d'après lequel jamais le divorce ne peut être prononcé
« que d'après une cause vérifiée et légitime. » (Fenet. IX,
p. 299-301.).

Le projet de M. Boulay ayant obtenu la priorité sur divers autres, on passe à la discussion des articles.

M. Boulay insiste encore sur la distinction à faire entre les causes de divorce dont les unes, « moins graves que les autres et qu'on peut appeler demi causes, n'opèrent le divorce qu'après l'épreuve d'une séparation ». (Fenet. IX, p. 324). A son tour, Tronchet, l'un des rédacteurs du projet du Code civil, considère comme sage cette distinction, « parce qu'elle permet de différer le divorce pendant un délai qui fera reconnaître si les causes moins graves qui ont produit la séparation rendent en effet le divorce inévitable. » (Fenet. IX, p. 325). Les articles 5 et 6 sont alors adoptés successivement (Fenet. IX, p. 327 et 328), sauf rédaction nécessitée par l'admission du consentement mutuel comme cause de divorce après un an de séparation volontaire (1). Et à la séance du 4 brumaire an X (26 octobre 1801), le conseiller d'Etat Emmercy ayant présenté de nouvelles « bases sur les causes de divorce », on y retrouve les deux articles fondus dans l'article suivant : « Art. 4. — Les sévices et mauvais traitements ne donnent lieu qu'à l'action en séparation de corps ; lorsqu'elle a été prononcée judiciairement, la non réconciliation dans les trois ans est une cause de divorce. »

7. — Ce texte soumis à la discussion est aussitôt l'objet de critiques. Son élaboration peut paraître, en effet, curieuse. Parti, comme le fixe nettement la remarque du conseiller d'Etat Th. Berlier, de l'idée d'une séparation sous forme d'épreuve liée à une demande en divorce, on est arrivé à la réalisation d'une séparation par action principale et seule permise avec conversion en divorce possible, après trois ans. Aussi le conseiller d'Etat Thi-

(1) V. sur ce point dans l'article 4 nouveau les mots : « lorsqu'elle a été prononcée judiciairement ».

baudeau demande-t-il que l'on sépare dans une rédaction nouvelle les deux idées qui se sont successivement fait jour (Fenet. IX, p. 357) et le conseiller d'Etat Régnier, que l'on formule plus clairement l'idée exprimée la première, en rendant aux sévices et mauvais traitements leur rôle initial de « véritables causes de divorce, dont on suspend « seulement l'effet pendant trois ans, afin de démêler si « l'on n'avait pas pris pour antipathie réelle quelques « emportements et de simples querelles de ménage ». (Fenet. IX, p. 358).

C'est alors que dans le même sens et pour atteindre le même but, Tronchet propose un « moyen plus conforme, « selon lui, à la nature des choses » que celui fourni par l'article 4. Ce moyen « consiste, dit-il, à distinguer deux « espèces de divorce ; un divorce absolu et définitif, et un « divorce de simple épreuve : ce dernier serait prononcé « pour sévices ; le tribunal autoriserait les époux à vivre « séparément pendant un certain nombre d'années, et à « l'expiration de ce terme il jugerait, tant d'après les faits « anciens que d'après les faits postérieurs, s'il y a lieu à « divorce définitif. — Au surplus ce système n'a pas besoin « d'être établi par une disposition expresse : d'après les « formes adoptées, les juges auront le pouvoir de suspendre le jugement définitif du divorce, et d'ordonner que, « provisoirement, les époux vivront séparément pendant « un temps déterminé. » (Fenet. IX, p. 361).

Quoi qu'en dise Tronchet, un texte est nécessaire pour établir son système, car ce pouvoir de suspendre le jugement définitif du divorce qu'il déclare appartenir aux juges « d'après les formes adoptées », n'est pas visé cependant au chapitre des formes du divorce dans le projet de la Commission du Gouvernement, nous l'avons

déjà fait remarquer au n° 5, et les articles de ce chapitre adoptés à ce jour n'y font aucune allusion. C'est un procédé de technique juridique imaginé par Tronchet pour introduire, comme on a cherché déjà à le faire par un autre procédé, la séparation temporaire dans l'action en divorce et c'est, traitée autrement, une nouvelle esquisse de l'institution du sursis.

Cette esquisse ne tardera pas d'ailleurs à être mise au point. En effet, le Conseil d'État, s'étant finalement rendu compte de la confusion signalée plus haut et de la nécessité de sérier les questions, reporte d'abord au chapitre de la séparation de corps qui sera discuté par la suite tout ce qui concerne la conversion du jugement de séparation, puis il décide séance tenante que la demande en divorce pour sévices sera admise. et ce sous conditions et non sans délai ; le Premier Consul prononce aussitôt le renvoi à la Section de législation pour proposer des modifications (Fenet. IX, p. 368) et le 14 nivôse an X (4 janvier 1802), le Conseil d'État adopte sans discussion les articles 32 et 33 de la nouvelle rédaction du projet de loi sur le divorce, ainsi conçus :

Art. 32 : « Lorsque la demande en divorce aura été
« formée pour cause de sévices et injures graves, encore
« qu'elle soit bien établie, les juges n'admettront pas
« immédiatement le divorce : mais avant faire droit,
« ils autoriseront la femme demanderesse (1) à quitter
« la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos ; et ils condamneront
« le mari à lui payer une pension alimentaire proportion-

(1) Seule, la femme, aux termes de l'article 3 de la nouvelle rédaction présentée, peut demander le divorce pour sévices ou injures graves.

« née à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des
« revenus suffisants pour fournir à ses besoins. »

Art. 33 : « Après une année d'épreuve, si les parties
« ne sont pas réunies, la demanderesse pourra faire citer
« son mari à comparaître au tribunal dans les délais de la
« loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif,
« qui pour lors admettra le divorce. » (Fenet. IX,
« p. 401.).

Reconnu facilement dans ses grandes lignes, le « moyen »
de Tronchet n'en apparaît pas moins comme ayant subi
plusieurs modifications dans cette mise en formule.

Tronchet avait parlé d'une suspension du jugement
définitif du divorce quand la demande était formée pour
sévices : le texte adjoint aux sévices les injures graves.
La séparation des époux devait, au dire de Tronchet, être
ordonnée pour un certain nombre d'années : elle voit sa
durée réduite à un an par l'article 33. Enfin, à l'expira-
tion du terme fixé, le tribunal devait, d'après l'orateur,
juger, tant d'après les faits anciens que d'après les faits
postérieurs, s'il y avait lieu à divorce définitif, tandis
qu'aux termes de l'article 33 la prononciation du divorce,
une fois le délai expiré sans réconciliation, est obligatoire
pour le juge, s'il en est requis ; la suspension de procé-
dure s'est ainsi muée en un sursis au divorce.

Nous savons à quoi attribuer la première correction,
d'ailleurs mal faite : elle est due à la présentation d'une
nouvelle rédaction de l'article 3 qui autorise la femme à
demander le divorce pour sévices ou injures graves.

Nous ignorons dans quelles conditions a été faite la
deuxième correction : les travaux préparatoires sont muets
sur ce point.

Mais pour la troisième une constatation nous est per-

mise. Au cours de la séance du 4 brumaire an X, après que Tronchet eût proposé son « moyen », le Premier Consul déclara (Fenet. IX, p. 361) : « Il faut d'abord s'expliquer nettement, et dire si le second jugement sera rendu en connaissance de cause, ou ne sera que de forme ; si la procédure d'instruction sera close après le premier jugement, ou si elle demeurera ouverte pendant les trois ans, de manière que les faits nouveaux et les preuves nouvelles servent à déterminer le second jugement. » Régnier répondit qu'« il supposait la procédure fermée après le premier jugement, parce que le droit au divorce est acquis dès ce moment. Ses effets seuls sont suspendus pour donner lieu à la réconciliation des époux ». Le Premier consul combattit cette opinion à laquelle cependant Tronchet se rallia (Fenet. IX, p. 363). On voit par l'article 33 que ce fut bien l'opinion de Régnier qui prévalut devant la Section de législation puis devant le Conseil d'Etat tout entier.

8. — Les deux articles 32 et 33, adoptés en seconde lecture par le Conseil d'Etat sans plus de discussion qu'à la première, le 22 fructidor an X (9 septembre 1802), sont, avec le titre même du Divorce communiqués officiellement à la Section de législation du Tribunat le 26 fructidor (13 septembre 1802). Ils donnent alors lieu aux observations suivantes de la Section :

« Art. 32. — La Section propose de substituer aux expressions de l'article 32 : « Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause de sévices et d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges n'admettront pas immédiatement le divorce ; mais, avant faire droit, ils autoriseront la femme demanderesse à quitter... etc. » celles qui suivent : « Lorsque la de-

« mande en divorce aura été formée pour cause de sévi-
« ces ou injures graves, encore qu'elle soit bien établie,
« les juges pourront ne pas admettre immédiatement le
« divorce ; et alors, avant faire droit, ils autoriseront la
« femme à quitter... etc. ».

« Cette disposition du projet, faite pour le cas où la
« demande en divorce aura été formée pour cause de
« sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien
« établie, a été sagement conçue dans le sens du projet
« de loi, qui accordait à la femme seule l'action en di-
« vorce pour cette cause, et qui faisait ensuite de l'atten-
« tat à la vie une cause séparée et directe du divorce.

« Mais dans le sens de la Section, qui a pensé que d'un
« côté l'action en divorce pour cause de sévices et d'in-
« jures graves devait être réciproque entre les époux,
« et d'un autre côté, qu'on ne devait pas faire de l'atten-
« tat à la vie une cause déterminée du divorce, le chan-
« gement proposé devient nécessaire.

« Sous l'expression de sévices, il pourra se présenter
« des demandes en divorce qui auront les causes les
« plus graves, telles que l'attentat à la vie de l'un des
« époux envers l'autre.

« La Section a aussi pensé que, sous les expressions
« « ou d'injures graves », le mari pourrait demander le
« divorce dans un cas prévu au titre de la Paternité et
« de la Filiation, à l'article 3, qui est celui d'un enfant
« né avant le 180^e jour du mariage, et que le mari
« désavouerait. Il y a sans doute dans ce fait perfidie et
« injure grave.

« Or, dans ce cas, il répugnerait que le tribunal fût
« dans la nécessité d'ordonner une épreuve qui serait
« peu convenable, évidemment inutile, et de forcer un

« mari, déjà très malheureux, au paiement d'une pension alimentaire pendant la durée de cette épreuve.

« La nécessité absolue de l'épreuve prescrite par le projet pouvait se concilier avec la restriction des causes entendues dans son sens, sous les expressions de sévices ou d'injures graves : mais elle présente trop d'inconvénients, ces causes se rapportant, dans le sens de la Section, à un plus grand nombre de cas, dont quelques-uns sont portés au dernier degré de gravité.

« Il devient donc indispensable de convertir la nécessité voulue par le projet de loi en une simple faculté.

« D'ailleurs, il n'y a aucun inconvénient à laisser cette faculté aux tribunaux. Ils pèseront les circonstances que la loi peut difficilement saisir. Pour être impérative, elle commanderait quelquefois des injustices.

« On observe encore que c'est dans le même sens que l'action en divorce doit être réciproque entre les époux, qu'il faut dire seulement la femme et non la femme demanderesse, parce que, d'après la réciprocité, elle peut être défenderesse comme demanderesse.

« Enfin on sentira aisément la justesse du changement des mots, « et d'injures graves », en ceux-ci, « ou d'injures graves », proposés par la Section.

« Art. 33. Dès que, d'après les raisons qu'on vient de déduire sur l'article 32, la femme peut être également défenderesse ou demanderesse, quoique le divorce ait pour cause des sévices ou des injures graves, au lieu de ces expressions de l'article du projet, « la demanderesse pourra faire citer son mari, etc... », on doit dire : « l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux » » (Fenet. IX, p. 436-437.).

9. — Tenant entièrement compte de ces observations,

le Conseil d'Etat adopte sans discussion le 20 brumaire an XI (11 novembre 1802) la rédaction suivante qui est sa rédaction définitive :

Art. 31 (ancien article 32) : « Lorsque la demande en
« divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices
« ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les
« juges pourront ne pas admettre immédiatement le di-
« vorce ; et alors, avant faire droit, ils autoriseront la
« femme à quitter la compagnie de son mari, sans être
« tenue de le recevoir, si elle ne le juge pas à propos ; et ils
« condamneront le mari à lui payer une pension alimen-
« taire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas
« elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses
« besoins. »

Art. 32 (ancien art. 33) : « Après une année d'épreuve,
« si les parties ne se sont pas réunies, l'époux deman-
« deur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au
« tribunal dans les délais de la loi, pour y entendre pro-
« noncer le jugement définitif, qui pour lors admettra le
« divorce. » (Fenet. IX, p. 438).

Le 19 ventôse an XI (10 mars 1803), le conseiller d'Etat Treilhard présente au Corps législatif le projet du Divorce et, au cours de l'exposé qu'il fait de ses motifs, s'exprime ainsi : « La marche de l'instruction d'une demande
« en divorce ne doit pas être confondue avec la marche
« de l'instruction d'une affaire ordinaire : en général,
« l'accès des tribunaux ne peut être trop facile, ni la
« procédure trop rapide ; il n'en est pas de même en
« matière de divorce : une sage lenteur doit donner aux
« passions le temps de se refroidir ; le divorce n'est tolé-
« rable que lorsqu'il est forcé, et la société gémit de l'ad-
« mettre lors même qu'il est nécessaire : chaque pas

« dans l'instruction doit donc être un grand objet de
« méditation pour le demandeur, et pour le juge un
« nouveau moyen de pénétrer les motifs secrets, les véri-
« tables motifs d'une demande de cette nature, de s'as-
« surer du moins que ces motifs sont réels et légitimes.
« Toutes les dispositions relatives aux formes ont été ré-
« digées en ce sens... Je ne crains pas de dire qu'il n'en
« est pas une seule qui ne doive être regardée comme un
« bienfait de la loi, parce que toutes ont pour objet, ou
« la réunion des esprits, ou la manifestation de la vé-
« rité ; et telle a été la crainte d'une décision trop légè-
« rement prononcée, que le tribunal, dans le cas d'action
« pour excès, sévices ou injures, est autorisé à ne pas
« admettre immédiatement le divorce quoique la de-
« mande soit bien établie, et qu'il peut soumettre les
« époux à une année d'épreuves pour s'assurer encore
« plus de la persévérante volonté de l'époux demandeur,
« et qu'il ne peut y avoir de sa part aucune espérance de
« retour. » (Fenet. IX, p. 484 et 485).

10. — Tels sont les seuls passages des travaux préparatoires du Code civil que nous ayons pu relever comme intéressant directement notre sujet.

Communiqué officiellement au Tribunat, discuté devant cette Assemblée, puis devant le Corps Législatif, le projet du Divorce fut décrété par celui-ci le 30 ventôse an XI (21 mars 1803) et les articles 31 et 32 furent placés au Code civil sous les numéros 259 et 260, en vertu de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804). D'insignifiantes modifications de forme avaient seules été apportées à l'article 31 ; nous les signalons en donnant entre parenthèses l'ancien texte :

Article 259 : « Lorsque la demande en divorce aura été

« formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures
 « graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pour-
 « ront ne pas admettre immédiatement le divorce (;)
 « Dans ce cas, avant de faire droit, (et alors, avant faire
 « droit,) ils autoriseront la femme à quitter la compagnie
 « de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne
 « le juge (pas) à propos ; et ils condamneront le mari à
 « lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses
 « facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus
 « suffisants pour fournir à ses besoins. »

Article 260 : « Après une année d'épreuve, si les parties
 « ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire
 « citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans
 « les délais de la loi, pour y entendre prononcer le juge-
 « ment définitif, qui pour lors admettra le divorce. »

11. Rôle du sursis et caractère de son application de 1804 à 1816. — On a pu voir en suivant l'histoire de la confection de ces deux textes, à quels besoins ils répondaient. Les considérations pratiques auxquelles les auteurs du Code ont obéi en les élaborant se trouvent bien parmi celles auxquelles nous avons songé ; mais il en est une qui domine ici les autres et qui a été la raison essentielle de la création du sursis : c'est la nécessité reconnue alors d'apporter un tempérament à l'admission des excès, sévices, injures graves comme causes de divorce. La nature précaire de ces faits, auxquels, par l'article 231, on reconnaissait, malgré leur fragilité, la force de rompre le lien matrimonial (1), a poussé le législateur à mettre par défiance une condition de temps à l'exercice de cette force.

(1) Rupture irrémédiable, car l'article 295 du Code civil, modifié depuis sur ce point, interdisait alors aux époux de se réunir légalement après le divorce.

Au dessous de cette idée maîtresse et génératrice de l'institution du sursis, il est bon de noter aussi chez ses organisateurs la préoccupation de s'assurer jusqu'au bout de la volonté persistante de l'époux dont la demande est justifiée et qui est seul autorisé, en effet, à se servir du jugement de sursis pour se faire délivrer par le juge la permission de divorcer, comme il est seul autorisé ensuite à requérir de l'officier de l'état civil la prononciation du divorce (art. 264, C. civ.).

L'utilité de la mesure apparaît ainsi manifeste, d'autant mieux que la séparation de corps ne peut plus remplir de son côté cette même mission de séparation d'épreuve, qu'au cours des travaux préparatoires on avait songé un moment à lui confier en propre : car dans la rédaction définitive elle est devenue uniquement le « divorce des « catholiques » et on a refusé à l'époux qui l'obtient le droit d'en demander par la suite la conversion en divorce (art. 310 du Code civil).

L'importance du sursis s'affirme d'ailleurs incontestable par la façon même dont on a voulu qu'il fût appliqué. Sans doute, à l'obligation de l'imposer s'est substituée pour le juge la faculté de le prononcer, mais nous savons à la suite de quelles observations du Tribunat cette substitution s'est opérée : dans l'esprit du législateur l'application du sursis est demeurée la règle en matière d'excès, sévices ou injures graves, et le juge ne s'est vu accorder le pouvoir d'autoriser immédiatement le divorce qu'en prévision de quelques cas exceptionnels, « portés à la plus grande gravité », comme un attentat de l'un des époux à la vie de l'autre, ou la naissance, dans les 179 premiers jours du mariage, d'un enfant que le mari désavouerait.

Les tribunaux ont-ils répondu au vœu de la loi pendant la période d'application intégrale du titre du Divorce, de 1804 à 1816, en prononçant régulièrement le sursis ?

Nous n'avons sur ce point aucun renseignement : les documents statistiques font défaut, les recueils de jurisprudence peu informés à leurs débuts ne peuvent fournir que quelques espèces et nous devons nous borner à reproduire ce pronostic catégorique formulé en 1803 par Jacques de Maleville, second président de la Cour de cassation et l'un des rédacteurs du Code, dans son « Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat », tome I, p. 274 : « Cette faculté sera sûrement captée par tous les tribunaux. »

12. La loi de 1884. — Soixante-huit ans après son abolition en 1816, le divorce devait être rétabli en 1884. Qu'allaient devenir les deux articles 259 et 260 ? Ils furent purement et simplement remis en vigueur.

Cependant l'esprit dans lequel ils l'ont été n'est plus celui dans lequel on les avait créés. On pourrait objecter qu'ils n'ont soulevé aucun débat particulier (1) ; à la Chambre comme au Sénat, ils ont été adoptés sans discussion. Sans doute ! mais le rapporteur de la Commis-

(1) On peut, en effet, ne pas tenir compte d'un amendement présenté par M. Denorinandie dans la séance du Sénat du 5 juin 1884, qui supprimait dans 259 la dernière partie après les mots « ne pas admettre immédiatement le divorce. » et remplaçait cette seconde partie par ces mots : « et prononcer seulement la séparation de corps. ». Car cet amendement, non développé, incomplet d'ailleurs, semble-t-il, puisqu'il n'y est pas question de 260, n'aboutit pas, et les articles 259 et 260 furent adoptés peu après par le Sénat en première lecture et sans discussion le 7 juin 1884. (*J. O. Déb. parl. Sénat*, p. 1049, col. 1).

sion chargée d'examiner la proposition de loi au Sénat a été indirectement amené à préciser la portée qu'on entendait leur donner dans la nouvelle loi, et cette portée, contrairement aux idées des auteurs du Code, est extrêmement restreinte.

Au cours de la seconde délibération du Sénat, en effet, le rapporteur, M. Emile Labiche, eut à combattre un contre-projet de M. Eymard Duvernay qui, rééditant le système de M. Boulay au Conseil d'Etat en 1801, donnait à l'article 231 une nouvelle rédaction aux termes de laquelle le juge était tenu de ne prononcer d'abord que la séparation de corps, sauf conversion après trois ans, dans le cas d'une demande en divorce fondée sur des excès, sévices ou injures graves. Et il s'exprima ainsi : « Il y a dans le texte du Code civil que vous avez voté l'autre jour (le 7 juin 1884), deux articles qui donnent satisfaction, qui répondent suffisamment aux légitimes préoccupations de l'honorable M. Eymard Duvernay. J'admets en effet que les tribunaux peuvent *parfois* se trouver en présence de sévices, d'excès, d'injures graves absolument constatés, mais qui cependant peuvent laisser place à l'espoir d'une réconciliation. Le législateur a prévu cette hypothèse ;... il a décidé que les tribunaux auraient la faculté d'apprécier les circonstances et pourraient, bien que les faits fussent constatés, imposer aux demandeurs en divorce une épreuve d'une année... » L'orateur donna alors lecture des articles 239 et 260. Le contre-projet de M. Eymard Duvernay fut repoussé, à une faible majorité il est vrai (136 voix contre 131) (1).

(1) Sénat. Séance du 20 juin 1884. *J. O. Déb. parl. Sénat.* 1884, p. 1136, col. 3 ; 1137, col. 1, et 1138, col. 1.

Comme on le voit, le rôle attribué en 1884 à l'institution du sursis dans la procédure du divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves n'est plus le premier rôle que lui avaient confié les législateurs du Consulat. Ce n'est même plus une « utilité ». Son emploi est considéré désormais comme exceptionnel. On n'a plus de répugnance à voir délivrer l'autorisation de divorcer immédiatement après la constatation de ces causes de divorce et l'intercalation d'un sursis passe maintenant pour une anomalie. C'est exactement l'inverse de la situation qui se présentait en 1802 à l'esprit des conseillers d'Etat et des tribuns.

13. **La loi de 1886.** — Ces vues nouvelles, distinctes déjà malgré la résurrection formelle des anciens articles, vont s'affirmer bientôt dans un texte remanié. Elles ne sont en effet, avec l'indice évident d'une plus large tolérance dans l'admission du divorce, que l'un des signes par où se traduit, chez les auteurs de la loi de 1884, le désir d'opérer des simplifications dans la procédure du divorce. L'impatience des partisans du divorce ayant seule, alors, empêché de prendre le temps de les réaliser, le Ministre de la Justice, moins d'un an après le vote de la loi, dépose au Sénat un projet de loi sur la procédure en matière de divorce, conçu dans le même esprit de réforme. Le sursis y reçoit une réglementation nouvelle et dans l'exposé des motifs rédigé par les soins du Garde des Sceaux, M. Henri Brisson, la disposition qui le concerne, destinée à devenir l'article 246 nouveau du Code civil, est ainsi présentée :

« Les articles 259 et 260 du Code civil, d'après lesquels
« le tribunal peut *parfois* ne pas prononcer le divorce
« immédiatement, mais imposer aux parties un temps

« d'épreuve lorsqu'une réconciliation peut être espérée,
« sont reproduits dans l'article 13 du projet. Ce droit
« d'ajournement devait-il être conservé dans le projet ?
« Y a-t il utilité à retarder la procédure, lorsqu'elle est
« assez avancée pour que le tribunal n'ait plus qu'à sta-
« tuer ? L'ajournement prononcé n'est-il pas une mesure
« arbitraire ? Ne suffit-il pas des précautions prises au
« début de l'affaire pour tenter de réconcilier les époux ?
« Il a paru qu'aucune chance de rapprochement, si faible
« qu'elle puisse être, ne devait être négligée, et on a
« maintenu le droit, pour le tribunal, d'ajourner sa dé-
« cision. Toutefois, une modification est apportée à la
« disposition actuelle. Le temps d'épreuve qui, aujour-
« d'hui, peut aller jusqu'à un an, ne pourra plus excé-
« der 6 mois. Cette épreuve ne pourra être imposée aux
« parties dans toutes les causes de divorce ; une exception
« est admise : lorsque le divorce est demandé parce que
« l'un des époux a été condamné à une peine afflictive
« et infamante, tout délai serait inutile.

« Le Code civil admettait une autre exception pour le
« cas d'adultère. Mais n'est-ce pas là un des cas où le
« temps peut faire le plus efficacement son œuvre ?

« On pourrait se demander quelle est la portée de
« l'ajournement prononcé. A l'expiration du délai fixé,
« le tribunal peut-il reprendre l'examen de l'affaire au
« fond, ou doit-il, s'il en est requis, prononcer le divorce ?
« Cette dernière interprétation doit être adoptée. On n'a
« pas voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à
« leur gré la durée de l'instance ; on a voulu que, le cas
« échéant, les parties pussent avoir le temps de réfléchir.
« Mais, quand, l'épreuve terminée, elles persistent, le
« tribunal doit prononcer le divorce. Aussi l'ajourne-

« ment ne peut-il pas être prononcé en tout état de cause ;
« il ne pourrait l'être, par exemple, avant l'enquête. C'est
« seulement lorsque l'affaire est terminée, lorsque la
« preuve est faite, le droit au divorce établi, que le tri-
« bunal peut remettre à six mois sa décision. Au bout
« de ce temps, elle doit être nécessairement rendue immé-
« diatement, si une des parties le requiert.

« L'ajournement ne pourrait donc être prononcé plu-
« sieurs fois. En outre cette faculté n'appartient qu'au
« juge de première instance et non au juge d'appel. »

Adopté sans discussion au Sénat le 10 décembre 1885 en première lecture, le 22 décembre 1885 en seconde lecture, et à la Chambre le 15 avril 1886, l'article 246 nouveau prit place au Code civil en vertu de la loi du 18 avril 1886, qui abrogeait d'autre part les articles 259 et 260 du même Code.

Le commentaire officiel que nous venons de rapporter est donc seul à nous donner la pensée de la loi nouvelle. Rapproché du passage des travaux préparatoires de 1884 cité plus haut (n° 12), il est d'ailleurs suffisamment significatif et accuse nettement la communauté d'idées des auteurs des deux lois : pour les uns comme pour les autres, l'application du sursis peut encore *parfois* se comprendre ! Le législateur de 1886 consent même à ajouter l'adultère aux causes de divorce dont les effets peuvent être suspendus. Il ne désire pas s'entendre adresser le reproche de négliger une chance de rapprochement, si faible soit-elle, et il veut bien maintenir la possibilité d'emploi d'une pareille mesure. Mais, en vérité, un retard dans l'octroi de l'autorisation de divorcer se justifierait-il, sa durée ne doit plus être d'une année entière : six mois au maximum paraissent une assez longue période d'at-

tente à faire subir aux époux désireux d'être divorcés. Et nous disons bien : aux époux, car, autre innovation sur laquelle l'exposé des motifs de la loi de 1886 n'a pas cru devoir insister, le défendeur originaire se voit reconnaître le droit, jusque-là réservé au seul demandeur, de réclamer lui aussi du tribunal après l'expiration du délai l'autorisation de divorcer (1).

Dorénavant le demandeur originaire ne pourra plus, une fois le jugement de sursis rendu, empêcher par sa seule inaction la réalisation judiciaire du divorce au terme de l'épreuve si le conjoint coupable veut alors faire rompre le lien matrimonial. La réconciliation, c'est-à-dire l'accord des deux époux, pourra seule, à partir du jugement de sursis, paralyser les propriétés de celui-ci. Et ce fait essentiel marque bien que le législateur ne veut plus considérer le prononcé du sursis que comme une tentative suprême de conciliation sur le succès de laquelle il semble d'ailleurs conserver peu d'illusions.

14. L'évolution accomplie. Ses motifs. — La destinée de l'institution du sursis est vraiment curieuse ; nous pouvons maintenant nous en rendre bien compte, après avoir assisté à sa création, suivi l'évolution des idées sur son caractère et constaté ses transformations. Le rapprochement brutal des raisons de sa naissance dans la loi et des motifs de son existence actuelle est en effet suggestif.

Inséré au Code comme un paragraphe restrictif de

(1) Comme aussi par ailleurs et dans le même esprit (art. 252 nouveau) le défendeur se voit accorder le droit, jusque-là réservé au seul demandeur, de requérir de l'officier de l'état-civil à la suite du jugement de divorce l'accomplissement de la formalité qui consommer la rupture du lien conjugal.

l'article 231, et placé comme un contrepoids nécessaire à cette disposition que les adversaires du divorce immédiat pour cause d'excès, sévices ou injures graves auraient considérée sans lui comme une faute lourde, le sursis n'est plus aujourd'hui conservé que par un scrupule de conscience, pour remplir accidentellement un office incertain.

Le revirement d'opinion est complet. D'où vient une telle défaveur et comment expliquer un pareil déclin ?

Serait-ce qu'une autre institution, présentant les avantages mêmes qu'on avait reconnus à l'origine au sursis, aurait aujourd'hui supplanté celui-ci ? Nous ne le voyons pas. — Sans doute le sursis n'est plus seul à pouvoir servir de séparation d'épreuve. La loi de 1884, en conférant à l'époux originairement demandeur en séparation la faculté de conversion en divorce après trois ans, a permis à la séparation elle-même de jouer désormais un rôle analogue, rappelant d'ailleurs très vaguement celui qu'au cours de la discussion du Code on avait voulu un moment lui faire tenir. Grâce à cette réforme de l'article 310, un époux outragé qui ne peut plus supporter la vie commune, mais qui n'a pas perdu tout espoir d'un retour au sentiment du devoir chez son conjoint, peut maintenant, abstraction faite de toute préoccupation religieuse, se contenter de la séparation de corps comme d'une mesure temporaire, en se réservant de recourir au divorce, si le retour qu'il espère ne se produit pas (1). Il se sert de la séparation de corps comme d'une préface au divorce, d'un « avis au défendeur ».

(1) Notons que la loi du 6 juin 1908, en rendant la conversion obligatoire pour le juge, a sauvegardé entièrement les droits de l'époux qui userait de cette combinaison.

Mais la séparation de corps ainsi comprise n'est qu'un moyen laissé à la discrétion de l'époux innocent, qui peut tout aussi bien procéder autrement et, pour n'obéir qu'à son ressentiment, réclamer immédiatement le divorce ; tandis que le sursis est, entre autres choses, un moyen donné au juge d'imposer précisément une période d'attente et de réflexion à l'époux demandeur en divorce dont le courroux légitime n'est peut-être que passager. On voit par là qu'il n'y a pas entre les deux institutions une similitude assez parfaite d'objet, de visée pratique, pour permettre de supposer que le législateur moderne n'a abandonné l'une que pour s'attacher à l'autre.

Si le sursis n'a pas eu à souffrir d'une rivalité à ce point de vue, d'où vient donc qu'il a cessé de plaire ? C'est, croyons-nous, parce qu'il a vieilli, ou, pour mieux dire, parce que les idées qu'il représente ont vieilli : le divorce a été rétabli sous la troisième République dans un esprit nouveau, avec moins de défiance qu'il n'avait été réglementé sous le Consulat. Aussi a-t-on négligé l'inefficacité temporaire dont on avait désiré jadis affecter les excès, les sévices et les injures graves. Ces faits ont été inscrits au tableau des causes légales de divorce, sans qu'on ait voulu s'inquiéter vraiment à leur sujet des conditions de stage préconisées autrefois.

Déprécié de la sorte, le sursis aurait été supprimé, si l'on n'avait songé à son emploi encore possible parfois comme dernière tentative de conciliation. Et on l'a maintenu en cette qualité (1). Ce n'est pas d'ailleurs que l'on

(1) Bien que son utilité à ce point de vue ait pu paraître moins évidente, puisqu'en 1884 on avait levé l'interdiction faite par le Code aux époux divorcés de restaurer leur union (art. 295 n.).

ait montré grande confiance en son efficacité : l'insuccès du préliminaire de conciliation et la persévérance du demandeur jusqu'au bout de l'instance laissent à penser au législateur moderne que les chances de rapprochement sont devenues minimales. Quoi qu'il en soit, on le conserve à ce titre, mais c'est sans enthousiasme et nous dirions presque par simple respect pour son âge et pitié pour son infortune.

15. L'application du sursis par la jurisprudence depuis le rétablissement du divorce. — Le sursis devait-il trouver auprès de la Magistrature un accueil plus favorable qu'au Parlement ? Il eut été piquant de lui voir y remporter un succès sur lequel on comptait si peu. Il n'en a rien été. Les tribunaux ont partagé les idées des Chambres sur notre institution et n'ont usé du pouvoir qui leur était à nouveau conféré que dans de très rares occasions.

Cette affirmation pourrait paraître audacieuse si l'on pouvait nous reprocher de n'avoir tenu compte pour la formuler que du nombre infime des décisions de sursis (une vingtaine au plus) rapportées ou visées depuis 1884 dans les recueils de jurisprudence, collections générales ou particulières à certains ressorts. Certes, il y a déjà là un indice sérieux, d'autant plus qu'à lire ces jugements et leurs suites litigieuses, on discerne aussitôt les nombreuses difficultés d'interprétation du texte trop laconique qui régit le sursis ; ce qui permet de supposer que les références ne sont aussi peu nombreuses que parce que l'application du sursis est très peu fréquente. Mais, malgré cette considération, les recueils de jurisprudence ne sont pas cependant toute la jurisprudence et le relevé des décisions qu'on y trouve ne constitue pas une statistique judiciaire exacte.

Pour avoir celle-ci, il convenait, semble-t-il, de nous reporter aux « Comptes généraux de l'administration de la justice civile » que publie pour chaque année le ministère de la Justice ; mais là, nous nous sommes heurtés à une impossibilité matérielle : dans les tableaux dressés pour les décisions rendues en matière de divorce, les jugements de sursis ne sont pas groupés sous un chef distinct et restent enrobés dans la masse énorme des jugements accueillant la demande (1).

Les pièces officielles nous faisant ainsi défaut, nous avons tenu à nous renseigner autrement : nous avons fait une enquête personnelle auprès des greffiers d'un certain nombre de tribunaux civils et ce sont leurs réponses unanimes qui nous permettent aujourd'hui de déclarer formellement que, pour toute la période comprise entre 1884 et 1912, le prononcé d'un sursis a été un fait exceptionnel.

Il ne nous est pas possible d'ailleurs de donner un chiffre précis, une proportion quelconque ; nous n'avons pas interrogé les greffiers des 362 tribunaux d'arrondissement de France, mais une cinquantaine seulement d'entre eux, choisis tant dans les grandes villes que dans les petites agglomérations (2). Les greffiers n'ayant pas à

(1) Plus de 200.000 depuis 1886. 99 0/0 des divorces sont prononcés pour excès, sévices, injures graves ou adultère, c'est-à-dire que dans plus de 198.000 affaires les juges avaient le droit de prononcer le sursis.

(2) Ce choix avait été fait à dessein. Voici pourquoi : dans les tribunaux encombrés les affaires restent un assez long temps avant de pouvoir être jugées. Dès lors on aurait pu s'imaginer que les juges de ces tribunaux ne se dispensaient de prononcer le sursis que parce qu'ils voyaient dans le retard imposé par la force des choses

dresser par ordre d'états plus détaillés que les tableaux officiels publiés, seules, par suite, des recherches minutieuses dans tous les greffes permettraient de faire le recensement exact des décisions de sursis, si le résultat de cette opération n'était par lui-même dépourvu de toute utilité.

Il nous suffira d'avoir constaté, par la concordance des renseignements fournis, le peu de cas fait par les tribunaux d'une institution qui d'ailleurs, faussée dans son principe par le législateur moderne, ne pouvait plus avoir le fonctionnement normal auquel tenaient tant ses créateurs, les rédacteurs du Code civil.

16. Etude du sursis par la doctrine. — Une institution aussi peu entrée dans la pratique contemporaine et aussi isolée que le sursis pouvait ne pas attirer beaucoup de commentaires. Les auteurs des traités généraux de droit civil se bornent à quelques observations ; ceux des traités spéciaux sur le divorce l'examinent rapidement ; et l'intérêt de son étude aurait pu passer inaperçu si certaines cours d'appel, puis la cour de cassation, n'avaient été saisies, il y a quelques années, de questions délicates soulevées par son application. Elle fit alors l'objet de plusieurs notes dans les recueils et l'une d'elles, des plus complètes et attachantes, est de M. Albert Tissier, professeur à la Faculté de Droit de Paris, à qui nous devons d'avoir pu choisir le sujet de cette thèse.

17. Plan de l'étude juridique de l'institution du sursis. — C'est avec l'aide de cette jurisprudence (1) et de cette

aux époux une sorte de délai d'épreuve rendant inutile tout autre attermoiement. Il faut renoncer à cette illusion : la situation faite au sursis par les tribunaux sans arriéré n'est pas meilleure.

(1) Les quelques décisions que nous avons pu retrouver touchant

doctrine qu'il nous faut maintenant, l'origine et l'évolution historique de l'institution du sursis étant connues, étudier son mécanisme juridique. Le jugement de sursis en est l'organe vital. Définir la nature juridique du jugement de sursis est donc la tâche essentielle et première pour qui veut solutionner les difficultés de droit que peut faire naître l'exercice du pouvoir de sursis. Ce n'est qu'après avoir retrouvé l'idée qui doit dominer l'interprétation du texte de la loi, que nous pourrons avec plus de sûreté examiner en détail les conditions dans lesquelles le jugement de sursis peut être rendu, les éléments dont il se compose, les voies de recours dont il peut être l'objet et les suites qu'il comporte.

notre matière résolvent presque toutes plusieurs points de droit ; il nous faudra par suite les citer à différentes reprises. Il nous a paru inutile de répéter chaque fois les références aux recueils et nous avons reporté à la fin de notre étude la liste entière de celles-ci.

CHAPITRE II

CARACTÈRE JURIDIQUE DU JUGEMENT DE SURSIS

18. La loi de 1886 ne l'a pas altéré. — Pour différentes que soient les deux réglementations successives du sursis, celle du Code civil et celle de la loi de 1886, il ne nous apparaît pas cependant que les changements apportés à l'institution par cette dernière loi aient pu altérer le caractère juridique initial du jugement de sursis lui-même.

Peu importe en effet, à ce point de vue, que le sursis ne puisse être prononcé maintenant que pour six mois au lieu d'un an, qu'il puisse l'être non plus seulement en cas d'excès, sévices ou injures graves, mais même en cas d'adultère, et que le défendeur originaire ait aujourd'hui le droit que l'on accordait autrefois au seul demandeur de provoquer la prononciation du second jugement après le temps d'épreuve ; il n'en reste pas moins que, comme avant 1886, le tribunal ne peut rendre un jugement de sursis que lorsque la demande est établie et qu'en le prononçant il remet à plus tard le jugement de divorce. Ce sont là les deux traits essentiels de l'institution et leur permanence laisse donc à penser que le caractère juridique du jugement de sursis n'a pas varié en soi.

19. Les systèmes en présence. — Mais si ce caractère n'a pas dû varier dans le temps, il a changé suivant les auteurs et suivant les juges. Ceux-ci comme ceux-là ne se sont pas, en effet, trouvé d'accord pour relier l'un à l'autre les deux traits que nous venons de signaler et qui, selon nous, doivent cependant être réunis pour donner la physionomie exacte du jugement de sursis.

Sans doute un bon nombre, joignant les deux et remarquant que, dans la loi, le bien fondé de la demande était la condition mise à l'exercice du pouvoir donné aux juges de retarder le jugement de divorce, en ont inféré que les juges, tout en ne « prononçant » pas sur le champ le divorce, donnaient déjà par le prononcé du sursis la preuve judiciaire de l'établissement de la demande et qu'il fallait traiter cette décision comme une décision sur le fond prorogative de ses conséquences (1).

Mais certains autres au contraire ne tenant réellement compte que du second élément, c'est à-dire de l'ajournement du jugement de divorce, n'ont voulu voir dans la décision de sursis qu'une sorte de suspension de procédure (2).

(1) Citons notamment : Demiau Crouzilhaec : *Eléments du droit et de pratique*, 1813, p. 564 ; Vraye et Gode : *L' div. et la sép. de c.* n° 302 ; Goirand : *Tr. pr. du div.*, p. 138 ; Poulle : *Rec. div. Smets* 1887, p. 307 ; Coulon : *Le d. et la s. de c.*, IV, p. 212 ; Huc : *Cré Code civil*, II, n° 378. — *Jurisp* : Liège, 1^{er} février 1855 ; trib. Liège, 12 mai 1886 ; Liège, 3 mars 1887 ; trib. Liège, 1^{er} mai 1895 ; Liège, 5 février 1896 ; Cassation belge, 3 décembre 1896 (les articles 259 et 260 du C. C. sont restés en vigueur en Belgique) ; Paris, 20 juillet 1904 ; Paris, 13 novembre 1905 ; trib. Marseille, 16 décembre 1905 ; trib. Die, 16 avril 1907 ; Grenoble, 31 décembre 1907 ; Toulouse, 21 novembre 1908 ; Cassation, req., 30 novembre 1908 ; Agen, 3 mai 1909 ; Seine, 3 juillet 1909.

(2) Willequet : *Du div.*, p. 162 ; Depeiges : *Procéd. du d. et de la*

Parmi les uns et les autres il en est beaucoup d'ailleurs qui, hypnotisés par l'expression « avant de faire droit » employée par l'article 259 pour indiquer les conditions dans lesquelles le jugement de sursis peut être rendu, et par le mot « définitif » accolé dans l'article 260 au jugement qui doit « prononcer » le divorce après l'expiration du délai fixé, ne songeant pas que le jugement de sursis n'ordonnait aucune mesure d'instruction, ont cru devoir le classer parmi les jugements d'avant dire droit et le qualifier, selon que pour eux il préjugait ou non le fond, d'interlocutoire ou de préparatoire, sans insister généralement sur les raisons de leur choix.

Il en est bien peu qui se soient dégagés de cette suggestion et qui aient voulu exposer leur conception personnelle avec un développement suffisant.

20. Opinion de M. Tissier. — M. Tissier l'a fait. Prenant surtout en considération l'élément dilatoire de la décision, il a donné dans une note au Sirey, 1909. 1.537, l'ingénieux aperçu que voici sur le caractère du jugement de sursis.

Après avoir souligné dans l'exposé des motifs de Treilhard (v. n° 9) les mots « ne pas admettre immédiatement le divorce », « pour s'assurer encore plus de la persévérante volonté de l'époux demandeur », et dans l'exposé des motifs de la loi de 1886 (v. n° 13), les mots « ajourner, remettre à six mois sa décision », M. Tissier s'exprime ainsi :

« Le sens de la règle de l'article 246 nous semble

s. de c., n° 108 ; Note de M. Tissier, S. 1909. 1. 537 ; Note non signée, D. 1910. 2. 279 ; E. Gaudemet : *Jurispr. fr. en mat. de droit civil*, Revue trimestrielle, 1911, p. 420. — *Jurisp.* : Paris, 25 février 1903 ; Dijon, 8 mai 1905.

« assez nettement éclairci par ces passages des exposés
« des motifs. Il en résulte bien que le sursis de six mois
« que peut ordonner le tribunal, après la clôture des débats, alors que la demande lui paraît justifiée, et que le
« divorce demandé devrait par suite normalement être
« prononcé, n'est ni une simple remise de cause, ni un
« jugement rendu sur le fond du procès, mais quelque
« chose d'intermédiaire, un ajournement, une remise à
« six mois de la prononciation du jugement de divorce,
« cette prononciation d'ailleurs ne devant avoir lieu que
« si elle est requise par une des parties, et le tribunal
« espérant encore qu'un désistement ou une réconciliation interviendra. Il est bien évident d'abord qu'il ne
« s'agit pas d'une simple remise ordinaire de cause au
« cours de l'instruction ou des débats, puisque la loi suppose la demande établie ; il nous paraît d'ailleurs difficile qu'un tribunal puisse sans l'accord des parties ou
« sans texte l'y autorisant, suspendre pendant six mois
« une instance en divorce. V. cep. Paris, 20 juillet
« 1904 (1).

« Mais d'autre part, et il faut bien insister sur ce point,
« il ne s'agit pas d'un jugement statuant sur le fond du
« procès. Le tribunal ordonne qu'il y aura une trêve, un
« délai d'épreuve avant l'admission du divorce. Il ne
« prononce pas encore son jugement. Sans doute, après
« l'expiration du délai d'épreuve, si aucune réconciliation ne survient, il devra prononcer le divorce. Mais
« pour le moment il ne le prononce pas ; la décision qui
« surseoit à statuer n'est pas le jugement du procès ; le
« tribunal veut, au contraire, ne pas statuer encore, et
« attendre avant de rendre son jugement.

(1) V. n° 39.

« C'est donc vainement, à notre avis, qu'on cherche
« si le jugement qui ordonne le sursis à la prononciation
« du divorce est définitif ou interlocutoire ou prépara-
« toire. Il n'est ni un jugement définitif puisque la loi
« dit expressément que le divorce ne sera prononcé
« qu'après le délai d'épreuve, ni un jugement prépara-
« toire ou interlocutoire, car il n'ordonne pas une me-
« sure d'instruction ; c'est une décision qui se borne à
« retarder, dans un but de conciliation, la prononciation
« du jugement. Le tribunal se borne à dire qu'en vertu
« de l'article 246 du Code civil, il décide de surseoir pen-
« dant un certain délai à la prononciation du jugement
« de divorce. C'est à tort, nous semble-t-il, qu'on a jugé
« (v. Cass. req., 30 novembre 1908) que la décision ordon-
« nant un sursis en vertu de l'article 246 du Code civil,
« est un jugement définitif sur le fond en ce qu'elle
« admet implicitement le divorce et qu'elle confère un
« droit irrévocable à l'obtenir ; c'est à tort qu'on a décidé
« qu'elle peut acquérir force de chose jugée comme ad-
« mettant le divorce, si elle n'est pas frappée d'appel. Il
« y a là, il nous semble, une erreur ou un malentendu.
« La décision qui ordonne le sursis de l'article 246 ne
« juge rien, ni expressément, ni implicitement : le tri-
« bunal ne veut pas encore admettre le divorce ; il
« ajourne son jugement ; il le remet à six mois ; il veut
« s'assurer de la persévérante volonté de l'époux deman-
« deur ; telles sont les formules précises des exposés des
« motifs. Il n'y a donc pas encore de décision rendue
« sur le procès ; il ne peut y avoir de chose jugée. Le
« litige n'est pas vidé, comme le dit à tort la Cour de
« Grenoble (31 décembre 1907) ; l'instance n'est pas
« close ; le jugement qui sera rendu après les six mois

« ne sera pas une simple formalité puisque c'est lui, au
« contraire, qui mettra fin au procès et videra le litige
« en prononçant sur le fond et sur les mesures acces-
« soires. En ordonnant le sursis de l'article 246, le tribu-
« nal dit qu'il pourrait prononcer le divorce, qu'il le
« fera s'il n'y a pas réconciliation, mais qu'il veut encore
« attendre pour rendre son jugement. Ce n'est pas le
« jugement de sursis qui crée le droit irrévocable à faire
« prononcer le divorce après le délai d'épreuve; il ne
« confère directement d'autres droits que ceux résul-
« tant du sursis lui-même; son objet n'est pas d'af-
« firmer le droit au divorce, mais d'ajourner la pronon-
« ciation de la décision, en faisant un dernier essai de
« conciliation. C'est l'article 246 du Code civil, qui,
« après les six mois écoulés, et à défaut de réconciliation,
« donnera à chacun des époux le droit de venir deman-
« der la prononciation du divorce. Lorsqu'il ordonne le
« sursis, le tribunal ne se propose pas de créer un droit
« au divorce; il ne prononce pas un divorce à terme ou
« conditionnel; il n'admet pas encore le divorce; il n'y
« aura droit de demander la prononciation du jugement
« que quand le délai sera écoulé sans réconciliation. Et
« si, après le délai d'épreuve, le divorce est prononcé, il
« n'y a, à notre avis, qu'un seul jugement sur le fond du
« procès, c'est le jugement rendu après l'expiration du
« délai d'épreuve. Le jugement de sursis n'est qu'un
« essai de conciliation, un ajournement du divorce dans
« l'espoir d'une réunion des époux. Ce n'est pas un acte
« de juridiction, un jugement sur le procès; le juge-
« ment n'est pas prononcé; le tribunal ne veut pas en-
« core le prononcer: il veut que les époux fassent
« l'épreuve d'une dernière période de réflexion et de

« recueillement; qu'il y ait une dernière trêve en vue
« d'une réconciliation encore possible. A plus forte rai-
« son considérons-nous comme tout à fait inexact ce
« passage d'un jugement du tribunal de la Seine du
« 3 juillet 1909, affirmant que le jugement de sursis
« contient contre le défendeur « une véritable condamna-
« « tion ». Cela est aussi contraire au texte de la loi
« qu'au but poursuivi par elle. »

21. Notre manière de voir. — Telle nous apparaît cette remarquable argumentation. Malgré tout ce qu'il peut y avoir de délicat à vouloir soutenir une thèse qui vient d'être si élégamment combattue, qu'il nous soit permis cependant de rester fidèles à la manière de voir que dès le début de cette étude, on a pu juger être la nôtre (v. n° 2).

Pour nous, le jugement de sursis est un acte de juridiction : c'est le jugement par lequel un tribunal tenant pour justifiée une demande en divorce, reconnaît comme acquis à raison de certains faits le droit à l'autorisation de divorcer, mais suspend momentanément l'exercice de ce droit en remettant à plus tard l'octroi de cette autorisation.

Voyons en effet les conditions d'existence et les suites légales du jugement de sursis (1).

Le tribunal ne peut prononcer le sursis que s'il a considéré la demande comme fondée et, le délai expiré sans réconciliation, il est obligé par la loi de permettre le divorce s'il en est requis. On ne peut pas ne pas tenir compte de cette obligation. Qu'on le veuille ou non, le tribunal est lié. Pour quelle raison a-t-il ainsi perdu sa

(1) La loi n'a pas dit seulement : le pouvoir de sursis s'exerce quand les débats sont clos.

liberté d'appréciation, si ce n'est parce qu'il en a usé précédemment. En prononçant le sursis, il s'est par là même engagé à accorder postérieurement l'autorisation de divorcer sauf rapprochement des époux ; c'est donc qu'il a constaté l'existence de causes de divorce dont il a seulement suspendu les effets dans un but défini. Ainsi le jugement de sursis implique bien une décision sur le fond et l'autorité de la chose jugée qui pourra devenir force de chose jugée s'attache à ce jugement, non pas tant à son dispositif qui peut n'avoir énoncé que la mesure dilatoire prise et ses accessoires, qu'à ses motifs qui sont sa base essentielle (1).

22. — Les recherches que nous avons faites sur l'origine historique du pouvoir de sursis ne pouvaient que nous suggérer cette opinion. On a vu comment les auteurs du Code, désireux de mettre à l'épreuve d'une séparation d'habitation l'époux dont la demande pour excès était justifiée, étaient arrivés à organiser l'institution du sursis. Ayant pris tout d'abord une fausse piste et cherché la solution de la question dans un jugement de séparation de corps pur et simple, convertible après un certain délai, ils revinrent à l'idée d'un jugement définitif lui aussi sur les faits de la cause mais lié à une action principale en divorce et destiné à retarder les conséquences de son bien fondé. Ce fut le jugement de sursis. Qu'on veuille bien se le rappeler, le conseiller d'Etat Régnier corrigeant le « moyen » de Tronchet et approuvé d'ailleurs peu après par celui-ci, s'exprima de la manière suivante sur

(1) Confér. Garsonnet. *Tr. de procéd.*, 2^e édit., III, § 4126, p. 543, note 15. — V. en ce qui concerne la rédaction du jugement de sursis les nos 56 et s.

le caractère de cette décision : « La procédure est fermée
« après le premier jugement parce que le droit au divorce
« est acquis dès ce moment. Ses effets seuls sont sus-
« pendus pour donner lieu à la réconciliation des époux. »
(V. n° 7.)

23. — Ce passage est très net. Par le jugement de sursis l'instance sur la légitimité de la demande en divorce, « l'instance principale » (1), est désormais close, car des causes de divorce ont été reconnues existantes et le droit à l'autorisation de divorcer est acquis. Sur ce point le tribunal a épuisé son pouvoir discrétionnaire d'examen, il « ne peut plus reprendre l'examen de l'affaire
« au fond » (exposé des motifs de la loi de 1886) ; il est entièrement dessaisi et le prononcé du divorce succédant au jugement de sursis se réduira à une « formalité judi-
« ciaire exclusive de tout débat nouveau, sauf sur l'ex-
« ception de réconciliation et les mesures accessoires » (Cour de Grenoble, 31 décembre 1907). Formalité judiciaire, en ce sens que le juge n'aura plus qu'à donner par un visa le pouvoir dissolvant au constat de causes de divorce, au certificat de mauvaises vie et mœurs conjugales dressé antérieurement par lui ; s'étant assuré déjà du droit à la permission de divorcer, il n'aura plus qu'à accorder cette permission.

Par le jugement de sursis, avons-nous dit, l'instance principale est close. En donnant aux juges le pouvoir de sursis, l'exposé des motifs de la loi de 1886 le dit très explicitement, « on a voulu que, le cas échéant, les parties
« pussent avoir le temps de réfléchir », « on n'a pas
« voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à leur

(1) Cass. req., 30 novembre 1908.

« gré la durée de l'instance », qui doit être considérée comme terminée par le jugement de sursis (1).

Sans doute, si telle est la volonté de l'une des parties, l'affaire reviendra devant le même tribunal après le temps d'épreuve, mais il y a là une simple attribution de compétence faite par la loi et il ne faudrait pas en prendre texte pour prétendre que « le tribunal ne se dessaisit pas, « mais qu'au contraire il retient l'affaire et se la réserve « jusqu'après l'expiration du délai », comme l'a jugé la Cour de Dijon le 8 mai 1905 (2). Ce serait jouer sur les mots. Le jugement de sursis n'est pas un banal incident d'audience, un ajournement, une remise de l'affaire qui resterait au rôle jusqu'au jour où l'autorisation de divorce sera finalement délivrée ; le jugement de sursis termine si bien l'instance sur les causes de divorce alléguées que pour revenir ensuite devant le tribunal à fin d'autorisation de divorce, une nouvelle citation à comparaître et un nouveau placet pour la mise au rôle seront nécessaires : au regard de la loi (art. 260 et art. 246 n., al. 3) un simple à-venir serait insuffisant (3).

Aussi est-ce à tort, nous semble-t-il, que l'on considérerait comme possible un « désistement » survenant après le jugement de sursis et avant toute nouvelle instance. L'expression tout au moins est impropre : le désistement est l'abandon d'une procédure commencée et non pas parvenue à son achèvement comme c'est le cas ici. Que si l'on veut parler d'une renonciation au droit d'ar-

(1) V. Trib. de Marseille, 16 décembre 1905.

(2) La Cour de Dijon recopiait d'ailleurs un passage d'un arrêt de la Cour de Paris du 25 février 1903. — V. égal. les motifs d'un arrêt de la Cour de Rouen du 30 octobre 1909.

(3) V. n° 87 *in fine*.

guer du jugement de sursis pour faire « prononcer » le divorce après le délai fixé, cette détermination est au contraire licite et même souhaitée de la part du demandeur. Remarquons d'ailleurs que cet abandon de droit doit être depuis 1886 accepté par le défendeur pour être véritablement efficace, car l'article 246 n. Code civ., nous l'avons vu (n° 13), a reconnu à ce dernier aussi la faculté de demander et d'obtenir l'autorisation de divorce à l'expiration du temps d'épreuve si une réconciliation, c'est-à-dire un accord des deux époux, n'est pas intervenue.

24. — Les deux conjoints ont en effet un droit égal à se faire délivrer alors la permission de divorcer et c'est le jugement de sursis qui leur en concède à tous deux l'exercice à cette date, de la même manière que le jugement suivant, le jugement de divorce, leur donnera à tous deux un droit approximativement égal à requérir de l'officier de l'état civil la transcription réalisant le divorce à l'expiration des délais légaux rendant définitive la décision de divorce. Qu'on ne dise pas : c'est l'article 246 n. et non le jugement de sursis qui, après les six mois écoulés et à défaut de réconciliation, donnera à chacun des époux le droit de venir demander aux juges la prononciation du divorce. Car on pourrait dire de la même manière : c'est l'article 252 n. et non le jugement de divorce qui donnera à chacun d'eux le droit de réclamer de l'officier de l'état civil la transcription du divorce lorsque la décision l'autorisant sera devenue définitive. Et cette analyse pour exacte qu'elle soit ne saurait empêcher de reconnaître que dans l'un comme dans l'autre cas il y a un jugement qui en vertu de la loi reconnaît un droit : le droit à faire prononcer le divorce par le

tribunal dans le premier cas, le droit à le faire transcrire par l'officier de l'état civil dans le second.

L'analogie historique de l'attribution de ces deux droits est aussi frappante que l'analogie juridique : l'un et l'autre, refusés d'abord au défendeur, ne lui ont-ils pas été reconnus en 1886, sous l'influence de cette même idée qu'un jugement une fois rendu forme un titre égal pour les deux parties et leur appartient en commun.

25. — Liberté est laissée à chaque époux d'agir comme il lui plaît à l'expiration du délai d'épreuve : l'usage du droit à l'autorisation de divorcer, dont le jugement de sursis a reconnu l'existence mais suspendu jusque-là l'exercice, est alors subordonné à la volonté des parties. Cette initiative abandonnée aux époux a fait penser que le jugement de sursis accordait l'autorisation de divorcer sous une condition suspensive potestative (1). Telle n'est pas exactement notre manière de voir ; car un droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence et pour nous, au contraire, il y a un droit acquis : certes, ce n'est pas le droit de divorcer, mais c'est le droit au divorce judiciaire, le droit à l'autorisation de divorcer. Si on se place au point de vue de ses conséquences possibles, le jugement de sursis est bien un jugement de divorce éventuel, mais ce n'est pas à proprement parler un jugement admettant conditionnellement le divorce.

26. — Qualifier le jugement de sursis de jugement de divorce à terme serait tout aussi inadmissible, puisque l'autorisation de divorcer ne sera pas nécessairement demandée par la suite.

(1) V. en ce sens : A. Wahl. *Revue trimestrielle*, 1909, pp. 146 et 147. -- V. égal. Cour de Liège, 5 février 1896.

27. — Une dernière opinion a été soutenue. Selon un arrêliste (1), le jugement de sursis « crée un droit acquis au profit de chacune des deux parties, sans qu'on puisse dire qu'il ait, au sens rigoureux du mot, l'autorité de la chose jugée ». Cette conception nous paraît en soi contradictoire ! Mais on ajoute : « En réalité, dans le système de l'article 246, il n'y a pas deux jugements, mais un seul jugement en deux actes, dont le premier renferme les motifs de la décision à intervenir, tandis que le second authentique la première décision en lui imprimant une date et en la rendant exécutoire. » Ainsi le jugement de sursis n'aurait pas d'existence propre en ce qui touche le bien fondé du divorce et viendrait se confondre et s'absorber dans le jugement final pour constituer une seule et même décision (2). La Cour de Grenoble, à qui cette théorie avait été soumise, a déclaré dans un arrêt du 31 décembre 1907 que c'était là « s'écarter sans nécessité des termes de la loi qui se suffisent, et, sous prétexte d'interprétation, s'aventurer dans le champ des hypothèses ». Il n'y a pas qu'une décision, il y a bien deux jugements, tranchant chacun une question sans qu'il y ait lieu d'y revenir : l'un, la question de l'existence d'un droit à l'autorisation de divorcer, et il la tranche affirmativement, c'est le jugement de sursis ; l'autre, la question de l'existence d'obstacles à l'exercice de ce droit déjà reconnu, et il la tranche négativement, c'est le jugement de divorce.

Le seul côté original et exceptionnel du jugement de sursis est que, tout en reconnaissant l'existence d'un

(1) V. note signée G. L. ss. Paris, 25 février 1903 Dalloz, 1905. 2. 53.

(2) V. en ce sens égal. C. de Rouen, 30 octobre 1909 (m.).

droit à raison de certains faits, il suspend son exercice en justice. Il crée par là une situation que nous croyons unique dans notre législation civile.

Une remarque importante doit être faite cependant qui restreint la portée prohibitive du jugement de sursis. Par cette décision les juges suspendent les effets des causes de divorce établies devant eux, mais de ces causes *seules* : le délai d'inhibition qu'ils instituent ne s'impose aux parties que si elles veulent user uniquement du jugement de sursis pour se rendre libres, et tout fait constitutif d'une demande en divorce qui n'aurait point été produit devant ces juges pourra servir de base à une action nouvelle dont l'introduction n'est pas subordonnée à l'expiration du délai d'épreuve. L'impossibilité de procéder créée par le jugement de sursis pour le temps de l'épreuve n'est pas absolue ; elle est relative seulement aux faits reconnus alors comme ayant justifié la demande.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXERCICE DU POUVOIR DE SURSIS

28. Caractère facultatif de l'application du sursis. — Nous avons vu (1) comment et dans quel esprit, au cours des travaux préparatoires du Code civil, l'obligation primitivement imposée aux juges de soumettre les parties à un temps d'épreuve malgré le bien fondé de la demande en divorce s'était transformée en une faculté pour ceux-ci. Sous les expressions de sévices et d'injures graves, a-t-on déclaré alors, les époux pourront demander le divorce dans des cas portés à la plus grande gravité, tels que l'attentat de l'un des conjoints à la vie de l'autre, ou la naissance, avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, d'un enfant que le mari désavouerait, cas où « il répugnerait que le tribunal fût dans la nécessité d'ordonner une épreuve qui serait peu convenable et évidemment inutile ». On a donc, sur cette observation officieuse de la Section de législation du Tribunat, converti la nécessité voulue par le projet du Conseil d'Etat en un simple pouvoir. « Il n'y a d'ailleurs, avait-on fait remarquer, aucun inconvénient à laisser cette faculté aux tribunaux. Ils

(1) Nos 8 et 9.

« pèseront les circonstances que la loi peut difficilement
« saisir. Pour être impérative, elle commettrait quelque-
« fois des injustices. »

L'évolution des idées sur le divorce ne pouvait par la suite que faire apparaître avec plus de force encore au législateur moderne l'excellence de cette substitution.

Aussi, de même que l'article 259 portait : « ... les juges *pourront* ne pas admettre immédiatement le divorce », l'article 246 nouveau n'est pas plus impératif et porte : « ... le tribunal *peut* ne pas prononcer immédiatement le « divorce ».

L'application du sursis est d'ailleurs facultative à un second point de vue : non seulement le juge n'est pas obligé par la loi de prononcer le sursis, mais encore n'est-il pas tenu davantage de le faire si le demandeur y conclut. Sans doute, il pourra voir là, dans certains cas, l'indice d'une réconciliation possible et être incité à prendre la mesure qu'on sollicite de lui ; mais il n'est pas forcé de faire droit à cette requête et il peut, même en cette hypothèse, « prononcer » immédiatement le divorce.

Si, en ce double sens, la loi a laissé le juge libre d'appliquer le sursis, elle a mis cependant certaines conditions à l'exercice de ce pouvoir.

29. Conditions d'exercice du pouvoir de sursis. — D'une part, pour que le juge puisse rendre un jugement de sursis, il faut : 1° qu'il s'agisse d'une demande en divorce ; 2° que cette demande ait été formée pour certaines causes ; 3° qu'elle soit bien établie. Existe-il une quatrième condition et est-il nécessaire que l'instance soit liée contradictoirement ? Nous ne le croyons pas. Les termes des articles 259, 260, 246 n. sont généraux et ne font pas d'exception pour le cas où le défendeur serait défaillant. Le silence

de la loi sur ce point doit être interprété dans le sens de la liberté d'action du tribunal, en la sagesse duquel le législateur a montré une très grande confiance (1).

D'autre part, en rendant un jugement de sursis, le juge 1° ne peut fixer à plus d'un certain nombre de mois la durée du temps d'épreuve et 2° est obligé de maintenir ou de prescrire pour cette période l'habitation séparée des époux et les mesures provisoires nécessaires.

Enfin, on peut se demander si le tribunal n'est pas seul au orisé à prononcer le sursis et si l'on ne doit pas dénier cette faculté à la cour d'appel. Nous chercherons à donner une solution à cette question lorsque nous aurons étudié les conditions d'exercice du pouvoir de sursis en première instance. Examinons donc celles-ci :

1° Il faut qu'il s'agisse d'une demande en divorce.

30. — Les termes de la loi paraissent formels : l'article 246 n. comme l'article 259 débute ainsi : « Lorsque la demande en divorce... » Il ne semble donc pas, à lire cette disposition, qu'un doute soit possible : il faut, pour que le tribunal puisse ordonner un sursis, qu'il s'agisse d'abord d'une demande en divorce.

31. **Le sursis n'est pas applicable en matière de séparation de corps.** — On pourrait tirer de là par voie déductive que le sursis n'est pas applicable à la séparation de corps. Mais ce procédé nous paraît insuffisant

(1) En ce sens : Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 294 ; Depeiges, *op. cit.*, n° 98 ; H. Coulon, *op. cit.*, IV, p. 212 ; D. R. S. V° Div., n° 447 ; *Pand. fr., eod. v.*, n° 2229. — Trib. civil de Péronne, 7 juillet 1886 (v. même trib., 6 avril 1887) ; Cour de Grenoble, 31 déc. 1907 (m.).

pour établir avec certitude l'inexistence actuelle du pouvoir de sursis en cette matière. Il faut en effet songer que la loi de 1886 a étendu à la séparation un certain nombre des articles du Code civil qu'elle avait remaniés pour réglementer à nouveau la procédure du divorce. La liste de ces articles se trouve dans le nouvel article 307. C'est donc à cette disposition qu'il faut nous reporter pour savoir exactement si l'article 246 n. est déclaré applicable à la séparation. Or, la réponse donnée par 307 est formelle et négative : seuls les articles 236 à 244 sont déclarés applicables à la séparation qui sur tous autres points, d'après cet article (1), devra être intentée, instruite et *jugée* de la même manière qu'une action civile ordinaire. Nous sommes ainsi bien fixés, d'autant mieux que le caractère exceptionnel au premier chef de l'article 246 n. ne permet pas qu'on soupçonne le législateur d'avoir par inadvertance oublié de l'ajouter à la liste de l'article 307 n..

La jurisprudence est unanime en ce sens : elle s'est toujours refusée à voir dans le sursis une mesure applicable à la séparation de corps (2). Les auteurs contemporains (3) sont du même avis, comme la plupart aussi

(1) Réserve doit être faite cependant des points traités par les articles 872, 875 à 880 inclus du Code de procédure civile, 307, al. 2 n. du Code civil (loi du 18 avril 1886) et 247 n. du même Code (article 308 n., loi du 14 juillet 1909).

(2) Montpellier, 1^{er} prairial an XIII (21 mai 1805) ; Bastia, 2 août 1824 ; Rennes, 21 février 1826 ; même Cour, 28 mars 1833 ; trib. de Clermont-Ferrand, 7 novembre 1901 ; Paris, 20 juillet 1904 (m.) ; Orléans, 12 juillet 1906.

(3) V. notamment Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 447 ; Curet, *Code du d. et de la s. de c.*, 331 ; Carpentier, *Loi 1886*, n° 119 ; Coulon, *op.*

des auteurs de la période antérieure à 1884 (1). Seuls quelques-uns de ces derniers (2) ont considéré comme licite l'extension des articles 259 et 260. Leurs arguments ne pouvaient être de texte : car l'article 307 appliquait alors purement et simplement le droit commun à la procédure de la séparation de corps. Raisonnant en historiens plutôt qu'en juristes, ils ont invoqué le précédent des séparations temporaires de l'ancien droit, qui ne présentaient cependant qu'une très vague analogie avec l'institution du sursis, puisque, le délai de cette séparation étant expiré, l'effet du jugement cessait de se produire et les époux devaient reprendre la vie commune sans autre forme de procès. Ils ont d'autre part fait remarquer que l'intégralité de l'union conjugale est chose aussi précieuse que son existence même et que la loi devait avoir entouré la demande en séparation de garanties aussi nombreuses et aussi solides que la demande en divorce. L'utilité de la mesure du sursis apparaît aussi évidente en matière de séparation qu'en matière de divorce : que si la séparation une fois prononcée laisse

cit., IV, p. 216 ; Garsonnet, *Tr. th. et pr. de procéd.*, 2^e édit., tome VII, § 2815, p. 564.

(1) Pigeau, *Procéd.*, II, p. 537 ; Duranton, II, n^o 610 ; Le Senne, *Sép.*, p. 227, n^o 363 ; Chauveau et Carré, *Lois de la procéd.*, VI, 2^e partie, p. 746, question 2985. Opinion de M. Chauveau ; Demante, II, n^o 16 bis ; Paul Bernard, « La sép. de c. réformée », *Revue critique*, XVII (1860), p. 306 ; Legrand, Thèse, Paris, 1865, p. 113 ; Demolombe, *Tr. du m. et de la s. de c.*, 1869, II, p. 553, n^o 486 ; Aubry et Rau, V, p. 193 ; Sicard, Thèse, Paris, 1876, p. 174 ; Em. Combier, Thèse, Paris, 1880, p. 252.

(2) Favard de Langlade, *Répert.*, V, p. 113, V^o Sép. de c., section II, § 2, n^o 10 ; Chauveau et Carré, *loc. cit.* Opinion de M. Carré ; Massol, *Sép.*, 1841, p. 132, n^o 27 ; Mabire, Thèse, Paris, 1855, p. 106.

toujours possible une réconciliation, il n'en est pas moins vrai que le temps d'épreuve, en suspendant les déchéances et en ne divisant pas les intérêts, rend plus facile que la séparation elle-même un rapprochement des époux. Ceci est parfaitement exact (1), mais c'est parler en législateur et non pas en légiste. S'il est permis à l'interprète de la loi de regretter une lacune, il ne lui est pas permis de la combler.

32. Cas particuliers. — Le sursis ne peut donc s'appliquer à l'hypothèse d'une demande en séparation de corps. Une question se pose alors au cas où dans une même instance, l'un des conjoints ayant formé une demande en divorce, l'autre aurait formé une demande reconventionnelle en séparation de corps. Il n'y a aucune difficulté lorsque l'une des deux demandes est rejetée : il y a soit séparation de corps, soit divorce avec ou sans sursis. Mais qu'arrivera-t-il si elles sont toutes deux bien fondées ?

M. Carpentier (*Loi 1886*, n° 120), qui a examiné ce fait sous ce titre : « Demande réciproque en divorce et en « séparation de corps », estime que le tribunal peut surseoir à statuer en même temps sur la séparation de corps et sur le divorce, au moins dans le cas où la demande de séparation ne repose pas elle-même sur une cause péremptoire. M. Carpentier se défend d'ailleurs d'étendre ainsi l'article 246 n. à l'hypothèse d'une séparation de corps et explique que la décision à intervenir sur la séparation de corps ne se trouve en définitive retardée dans l'espèce que « parce qu'elle se trouve en concours avec une action parallèle qui est elle-même

(1) V. n° 42.

« sujette à l'article 246 et dont elle subit le contre-coup ». M. Carpentier pense que les tribunaux ne sont dans l'obligation de statuer immédiatement sur la demande en séparation que lorsque celle-ci a pour fondement une cause péremptoire. Mais nous ne voyons pas qu'en ce qui concerne la séparation, il y ait lieu d'établir une telle distinction qui n'apparaît nulle part dans la loi. Pour nous, dans tous les cas, pour quelques causes que la séparation soit légitimement demandée, le tribunal est obligé de prononcer immédiatement la séparation de corps.

Dès lors une question nouvelle se pose : le tribunal prononce la séparation, puisqu'il y est forcé ; mais peut-il en même temps surscoir à autoriser le divorce ? Nous ne le croyons pas ; de même que nous considérons comme impossible le prononcé du sursis sur la demande en divorce qu'un époux séparé aurait formée pour des faits nouveaux et reconnus exacts. Dans les deux cas, la permission de divorcer doit être aussitôt accordée. Voici pourquoi : le texte même de l'article 246 n., conçu sur ce point dans le même esprit que l'article 259, prouve qu'il ne vise pas, qu'il excepte par conséquent ces deux cas. Il est dit, en effet, dans l'article 246 n. que le tribunal en prononçant le sursis « maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires » pendant le délai fixé, ce qui ne saurait se comprendre quand la séparation de corps est déjà prononcée. Le sursis ne peut donc être imposé dans ces deux hypothèses et le tribunal doit autoriser sans délai le divorce.

Il convient d'ailleurs de remarquer que l'espoir d'un rapprochement des époux est, en raison même de leurs torts respectifs, ou de l'aggravation des torts de l'époux

coupable (1) assez chimérique pour que le législateur n'ait pas été tenté de permettre alors un retard à la prononciation du divorce dans un but de conciliation, étant donné surtout que la séparation des intérêts et les déchéances résultant de la séparation de corps prononcée contrarieraient singulièrement l'œuvre de pacification d'un temps d'épreuve.

33. Le sursis n'est pas applicable en matière de conversion. — L'argument de texte donné plus haut suffirait à lui seul pour montrer que le sursis est également inapplicable en matière de conversion de séparation de corps. Nous l'avons vu en effet : l'article 246 n., comme autrefois l'article 259, exclut les cas où une séparation de corps aurait déjà été prononcée. Peu importe depuis quand elle l'aurait été. Quelle que soit l'époque à laquelle remonte le jugement de séparation, un jugement de sursis ne peut s'intercaler entre ce jugement et un jugement de divorce.

S'il était du reste besoin de trouver une autre raison d'en décider ainsi pour l'hypothèse d'une demande en conversion après trois ans de séparation, l'article 310 nous la fournirait en propre. Sous chacun des aspects différents que lui ont donnés les législateurs successifs, il a toujours par lui même constitué en effet un obstacle au prononcé du sursis sur une demande en conversion : de 1804 à 1816 il impose aux juges d'« admettre » le divorce par conversion sur la demande de l'époux originairement défendeur, si la séparation de corps n'a pas été prononcée pour cause d'adultère de la femme et si le de-

(1) Au cas d'une demande en divorce formée peu après la séparation par l'époux innocent.

mandeur originaire ne consent pas « immédiatement » à faire cesser la séparation. Pas de place pour un sursis (1). De 1884 à 1908, non plus : « ...le jugement de séparation « pourra, dit alors l'article 310, être converti en *jugement de divorce* ». Les juges ont le droit de refuser la conversion, mais s'ils l'accordent, ils ne peuvent que convertir « en jugement de divorce ». Depuis la loi du 6 juin 1908, enfin, le jugement de séparation est de droit converti « en jugement de divorce ». A quelque époque de l'histoire de 310 que l'on se place, on est ainsi obligé de reconnaître que dans cette espèce encore un jugement de sursis ne peut s'intercaler entre le jugement de séparation et le jugement de divorce.

Que l'on compare d'ailleurs les règles de forme, simples et expéditives, prévues par l'article 310 depuis 1884, avec l'article 259, puis avec 246 n.. L'un comme l'autre de ces derniers articles fait partie d'un ensemble de procédure spéciale, lente et compliquée, auquel échappe l'article 310. Pour faire prononcer le divorce en raison d'une séparation de corps ayant duré trois ans, on ne suit nullement la procédure ordinaire du divorce ; on observe seulement les dispositions de l'article 310. Celui-ci et l'article 246 n. (ou 259), faits pour deux cas différents, sont donc entièrement étrangers l'un à l'autre et ne peuvent pas être combinés.

Un auteur cependant (M. Moraël. *De la conversion*, Thèse, Paris, 1886, n° 346.) a cru qu'ils pouvaient l'être. Il en donne pour raison que l'article 246 n. autorise le sursis « lorsque la demande en divorce a été formée pour

(1) D'ailleurs, comment pourrait fonctionner ici l'article 260 qui autorise le seul demandeur originaire à requérir du tribunal après l'année d'épreuve l'autorisation de divorcer.

« toute autre cause que celle prévue par l'article 232 », et que la prolongation de la séparation pendant trois ans étant une cause de divorce en vertu de l'article 310, le sursis est par conséquent applicable à une demande en conversion. Mais il est à remarquer que M. Moraël reconnaît lui-même que la conversion « eût dû » être rangée parmi les causes de divorce. La loi ne l'a pas fait. Dès lors l'argumentation n'est plus valable. C'est une manière de voir qui reste personnelle à l'auteur et qui aboutirait d'ailleurs à un résultat directement contraire au texte de l'article 246 n., comme à celui de l'article 310 n..

La jurisprudence, ou plutôt le seul jugement que nous ayons pu trouver sur la question (Tribunal civil de Die, 12 août 1886) (1), a refusé d'étendre l'article 246 à l'hypothèse d'une demande en conversion. La doctrine est dans le même sens (2). Il est bon de faire observer qu'au cours des débats parlementaires ayant précédé la loi du 6 juin 1908 sur la conversion, cette extension a été demandée à deux reprises, mais sans succès. La première fois, par M. Thézard au Sénat, en décembre 1893, dans un amendement qui, renvoyé à la Commission, fit l'objet d'un rapport défavorable de M. Paul Devès (3) et que son auteur abandonna par la suite. La seconde fois, au Sénat également, par M. Théodore Girard, dont l'amendement

(1) V. également, à titre de curiosité, visé sous un arrêt de la cour de Nancy du 15 avril 1895, un jugement du tribunal civil de Sedan qui, sur une demande en conversion, a prononcé un sursis sans faire application de l'article 246.

(2) Yraye et Gode, *op. cit.*, nos 303 et 491 ; Carpentier, *Tr.*, n° 170 ; Depeiges, *op. cit.*, n° 133 ; Goirand, *op. cit.*, p. 144 ; Curet, *op. cit.*, n° 213.

(3) *J. O. Doc. parl. Sénat*, 1896, p. 242, col. 3.

conférait au tribunal le droit de surseoir à statuer sur la conversion pendant un délai de six mois à deux ans, s'il existait des enfants. Cet amendement, présenté par son auteur le 28 février 1908 (1) fut pris en considération malgré l'opposition du Garde des Sceaux, A. Briand, et renvoyé à la Commission qui s'y rallia à une faible majorité. Mais combattu de nouveau à son retour de la Commission par le Ministre de la Justice, il fut rejeté par le Sénat le 10 mars 1908, par 162 voix contre 123 (2).

34. Demande reconventionnelle en divorce. — Ainsi, par éliminations successives, l'affirmation émise au début de l'étude de cette première condition d'exercice du pouvoir de sursis s'est trouvée vérifiée : le juge ne peut ordonner le sursis que s'il s'agit d'une demande en divorce.

Remarquons en terminant que de la généralité des textes, il nous paraît résulter que le sursis pourra être prononcé aussi bien en cas de demande reconventionnelle en divorce qu'en cas de demande principale (3).

En cas de demandes réciproques en divorce, pour des causes autres que celle prévue par l'article 232 (2^e condition), le tribunal peut ainsi, après avoir constaté que les deux demandes sont établies (3^e condition), « surseoir à « prononcer » sur les deux (4). Il peut également, s'il n'a

(1) *J. O. Déb. parl. Sénat*, 28 février 1908, p. 264, col. 1.

(2) *V. J. O. Déb. parl. Sénat*, 1908, séances du 28 février et du 10 mars 1908, p. 264, col. 1 à 265, col. 2 et p. 315, col. 1 à 316, col. 3, les curieux discours de M. Théodore Girard et du Garde des Sceaux.

(3) *V. comme exemples* : trib. civil d'Anvers, 10 mai 1873 ; trib. civil de Reims, 21 avril 1910 (*V. même tribunal*, 20 janvier 1911).

(4) *V. trib. civil d'Anvers*, précité.

pas la même opinion sur chacune, rejeter l'une d'elles et en ce qui touche l'autre, remettre à plus tard l'autorisation de divorcer (1). Mais est-il besoin de faire remarquer que s'il reconnaissait le bien fondé des deux, il ne pourrait pas prononcer immédiatement le divorce au profit de l'un des époux et surseoir à prononcer le divorce au profit de l'autre.

**2° Il faut que la demande en divorce ait été formée
pour certaines causes.**

35 Le Code civil. — D'après l'article 259, Code civil, les juges ne pouvaient user du pouvoir de sursis que lorsque la demande en divorce avait été formée « pour cause « d'excès, de sévices ou d'injures graves » ».

On a pu voir, lorsque nous avons étudié les travaux préparatoires du Code civil (nos 6 et s.), que le Conseil d'Etat avait d'abord imposé aux juges de suspendre l'effet de certaines causes déterminées de divorce, les sévices et les injures graves que la femme aurait éprouvés de la part de son mari, c'est-à dire, dans la pensée des conseillers d'Etat, les mauvais traitements et la diffamation publique dont il se serait rendu coupable envers elle. Les juges auraient ainsi dû laisser au temps le soin de faire apparaître « s'ils n'avaient pas pris pour antipathie réelle

(1) V. comme exemple : trib. de la Seine, 24 juillet 1902, visé au S. 1903. 2. 113. ss. Paris, 25 février 1903. — Il nous paraît inadmissible (on verra plus loin pourquoi : n° 40) qu'un tribunal puisse ne rejeter que par son second jugement la demande qu'il estimait déjà n'être pas fondée avant le prononcé du sursis. Le tribunal de Reims, dont nous venons de citer les deux décisions dans la même affaire, a cru cependant pouvoir procéder ainsi.

« quelques emportements et de simples querelles de « ménage ». Mais les expressions de « sévices » et d' « injures graves » furent plus largement entendues par la Section de législation du Tribunat et le droit reconnu par elle aux deux époux de demander le divorce pour ces causes. Des corrections en ce sens, avec la transformation de l'obligation de surseoir en pouvoir de sursis, furent proposées au Conseil d'Etat, qui les effectua telles qu'elles lui étaient soumises, sans songer à ce qu'elles avaient d'incomplet.

On donnait, en effet, aux deux conjoints le droit réciproque de demander le divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves (art. 3 de la rédaction définitive; art. 231 du C. c.); on reconnaissait dès lors aux tribunaux la faculté de surseoir au divorce, qu'il eût été demandé pour cette cause par la femme ou par le mari (1), et cependant on laissait dans la disposition destinée à devenir l'article 259 la phrase suivante : « ... avant faire droit, ils autoriseront la femme à quitter « la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, « si elle ne le juge pas à propos ». Est-ce ainsi vraiment que l'on devait s'exprimer, du moment que l'on permettait aux tribunaux d'appliquer aussi l'article 259 en cas de culpabilité de la femme ? Il y a là un vice de rédaction législative (2) en dépit duquel, de 1804 à 1816 et de 1884 à 1886, l'article 231 a pu être, sans restriction aucune, combiné avec l'article 259.

36. La loi de 1886. — La loi du 18 avril 1886 est venue abroger l'article 259, en lui substituant, pour réglementer

(1) V. n^o 8, Observations de la Section de lég. du Tribunat.

(2) V. en ce sens : Willequet, *op. cit.*, p. 164, n^o 4 ; Carpentier, *Tr.*, n^o 171.

le sursis, un nouvel article 246. Par cet article elle a élargi la condition d'exercice du pouvoir de sursis actuellement envisagée. Jusque là, les juges ne pouvaient « surseoir » que lorsque la demande avait été formée pour cause d'excès, sévices ou injures graves. Désormais, ils ont aussi cette faculté au cas où un adultère serait le fondement de l'action. Ainsi, depuis 1886, l'article 231 n'est plus seul à pouvoir être combiné avec les dispositions concernant le sursis ; les articles 229 et 230 peuvent l'être également. Il est dit, en effet, dans l'article 246 n. que le tribunal peut ne pas « prononcer » immédiatement le divorce « lorsque la demande en divorce a été formée par toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232 ». Est donc seul excepté, le cas où une condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante serait la base de l'instance en divorce introduite par son conjoint.

Que penser de l'extension et de l'unique exception ?

Dès le début de la discussion au Conseil d'Etat en 1801, l'adultère avait été considéré comme une cause « absolue » de divorce, c'est-à-dire comme étant « de nature à le faire prononcer immédiatement sans aucune épreuve ni restriction », et la question d'un sursis ne se posa que pour des faits « moins graves » (v. n° 6). L'adultère resté ainsi dans le Code civil, selon l'expression de Bonaparte (1), « un mot immense » fit cependant quelques années plus tard, au Code pénal, l'objet d'une disposition qui ne méconnaissait pas comme l'article 259 la possibilité d'un pardon dans les affaires de ce genre.

(1) Mémoires de M. Thibaudeau sur le Consulat, p. 442 ; v. Fenet, IX, p. 273.

L'article 337, alinéa 2, Code pénal (1), a permis de voir souvent en pratique un mari, sous l'influence du temps ou d'autres considérations, consentir à reprendre sa femme après l'avoir fait condamner. C'est dans le même ordre d'idées et pour atteindre le même but que le législateur de 1886 a compris l'adultère dans les causes de divorce susceptibles d'avoir leurs effets suspendus. N'est-ce pas « un des cas où le temps peut faire le plus efficacement son œuvre » ? (Exposé des motifs de la loi) (2). Ne voyant plus du tout dans l'institution du sursis un moyen de temporisation, mais uniquement un moyen de conciliation, on l'a tout naturellement étendue à un cas que, jadis, on n'avait réservé que parce qu'on le considérait comme trop grave pour pouvoir subir un atermoiement. L'adultère reste une cause de divorce péremptoire en ce sens que, s'il est prouvé, les juges ne peuvent refuser le divorce, mais il n'est plus une cause « absolue » puisque les juges, s'ils sont forcés d'accorder le divorce, peuvent ne l'accorder qu'après un temps d'épreuve.

Demeure seule une cause absolue de divorce la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Lorsqu'à juste titre l'autre époux invoque cette cause, un sursis ne peut être prononcé. On a pensé, avec raison nous semble-t-il (3), que le conjoint qui

(1) Art. 337, C. pénal : « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. — Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. »

(2) V. également : 1^{er} rapport de M. Labiche, déposé au Sénat le 8 juillet 1885. *J. O. Doc. parl. Sénat*, 1885, p. 298, col. 3 ; cité par H. Coulon, *op. cit.*, IV, p. 222.

(3) *Contra* : Curet, *op. cit.*, n° 212.

souffre de l'indignité du condamné devait obtenir sans délai possible la rupture du mariage : la nature du grief est telle qu'il serait déraisonnable d'attendre un accommodement ; et le législateur de 1886 a cru faire assez, pour ménager dans l'espèce toutes les chances d'arrangement, en abrogeant la procédure spéciale et sommaire que réglait l'article 261, où le défendeur n'était même pas mis en cause, et en décidant que la demande serait intentée avec le même préliminaire de conciliation que les demandes ordinaires de divorce.

3^o Il faut que la demande soit bien établie.

37. — Le tribunal ne peut user du pouvoir de sursis que lorsqu'il a reconnu la demande en divorce justifiée. Il ne faut pas seulement « que les débats soient terminés » et que le tribunal soit prêt à rendre son jugement ». (1) Il ne suffit pas en effet que la demande soit en état de recevoir jugement, il faut qu'elle soit bien établie, c'est-à-dire que le tribunal l'ait considérée comme telle.

La loi s'est d'ailleurs exprimée ainsi dans l'article 259, Code civ. : « Lorsque la demande en divorce aura été « formée pour cause d'....., encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement « le divorce. » ; et dans l'article 246 n. : « Lorsque la « demande en divorce a été formée pour toute autre cause « que..., le tribunal, encore que cette demande soit bien « établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. ». L'exposé des motifs fait par le conseiller d'Etat Treilhard au Corps Législatif et l'exposé des motifs

(1) Note de M. Tissier. S. 1909. 1. 537, col. 2.

de la loi de 1886 le déclarent aussi nettement : « Le tribunal, dit Treilhard, est autorisé à ne pas admettre immédiatement le divorce quoique la demande soit bien établie. », « C'est seulement, dit M. Henri Brisson, lorsque l'affaire est terminée, lorsque la preuve est faite, le droit au divorce établi, que le tribunal peut remettre à six mois sa décision », autrement dit l'autorisation de divorcer.

Tous les auteurs (1) reconnaissent que l'établissement de la demande est une des conditions mises par la loi à l'exercice du pouvoir de sursis. De même les magistrats ont jugé que 259 ou 246 n. n'était applicable que lorsque la justification de la demande avait été faite (2). Seul le tribunal de Sens s'est cru autorisé à prononcer le sursis avant d'être fixé sur le mérite de l'action en divorce : il a déclaré dans un jugement du 11 février 1904 (3), rendu à l'expiration d'un temps d'épreuve qu'il avait prescrit dans ces conditions, « qu'il lui avait été loisible, se basant sur 246, de surseoir à statuer pendant six mois sur la demande en divorce sans rechercher si elle était

(1) V. notamment : Willequet, *op. cit.*, p. 160, n° 3 ; Frémont, *Tr. pr. du d. et de la s. de c.*, n° 600 ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 296 ; Depeiges, *op. cit.*, n° 97 ; G. Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 303 ; H. Coulon, *op. cit.*, IV, p. 215.

(2) V. notamment en ce sens : Nîmes, 8 juillet 1807 ; trib. de Péronne, 6 avril 1887 ; trib. de la Seine, 19 juin 1889 ; Liège, 5 février 1896 ; Cassation belge, 3 décembre 1896 : « att. que d'après l'art. 259 C. c. la faculté accordée au juge de prescrire cette mesure (l'année d'épreuve) est subordonnée à la condition que la demande soit établie » ; trib. de Reims, 20 janv. 1911. — V. également la note au n° 59 *in fine*.

(3) Ce jugement fut d'ailleurs infirmé par la cour de Paris, le 13 novembre 1905.

« ou non établie ; — que d'ailleurs les termes de cet article « encore que cette demande soit bien établie » indiquent que la même mesure peut être prise quand on ne sait pas encore si elle est fondée. ».

Il ne nous apparaît pas cependant que le texte de la loi puisse prêter à pareille confusion. Il ne faut pas pour en tirer un argument a fortiori séparer et isoler de la phrase où elle est insérée la proposition : « encore qu'elle (cette demande) soit bien établie », qui, purement explétive, sert simplement à renforcer les mots qui la suivent : « les juges pourront ne pas admettre (ou prononcer) immédiatement le divorce ». Ce dernier membre de phrase suffit à lui seul pour montrer dans quelles circonstances le sursis peut être prononcé. Surseoir en vertu de l'art. 259 ou de l'art. 246, c'est ne pas admettre immédiatement le divorce, c'est remettre à plus tard l'autorisation de divorcer : on ne peut donc surseoir que si on a reconnu d'ores et déjà le droit à cette autorisation en considérant la demande comme bien établie.

L'existence de cette condition ressort ainsi clairement de l'article 259 comme du premier alinéa de l'article 246 n. (1). La formule employée dans chacun d'eux n'est que redondante et ne saurait être amphibologique. Conviendrait-il cependant, pour éviter toute discussion, de substituer à l'expression : encore que, une autre locution : pourvu que ? C'est l'opinion de M. Willequet (*op. cit.*,

(1) Il nous semble tout à fait inutile d'aller chercher plus loin la preuve de cette existence ; mais on peut remarquer aussi que l'article 260 et le troisième alinéa de l'article 246 n. en fournissent l'un comme l'autre une seconde puisqu'ils ne prévoient en effet que l'admission du divorce et non le rejet de la demande à l'expiration du délai d'épreuve sans réconciliation.

p. 160, n. 3), qui a critiqué vivement sur ce point la rédaction de 239. Peut-être l'article 246 n. se serait-il mieux exprimé en débutant ainsi : « Lorsque la demande en « divorce a été formée pour toute autre cause que celle « prévue par l'article 232, et qu'elle est bien établie, « le tribunal peut... ».

38. — Le sursis ne pouvant être prononcé que lorsque la demande est bien établie, il en résulte qu'il ne peut l'être : 1° quand la demande n'est pas encore établie, 2° quand la demande est considérée comme non fondée.

39. — 1. **Le sursis ne peut être prononcé quand la demande n'est pas encore établie.** — Il est nécessaire que le tribunal, avant de prononcer un sursis, reconnaisse que la demande est bien établie. « Aussi, dit l'exposé des « motifs de la loi de 1886, l'ajournement ne peut-il être « prononcé en tout état de cause : il ne pourrait l'être, « par exemple, avant l'enquête », au moment où un époux dont la demande ne serait pas encore justifiée, offrirait de prouver les faits sur lesquels elle repose. D'ailleurs, arrêter ainsi la procédure, retarder l'enquête pendant un délai qui avant la loi de 1886 était d'un an et qui depuis peut être de six mois, serait courir le risque de rendre sinon impossible, du moins plus difficile la preuve des faits articulés. Ce résultat ne serait-il pas à craindre, qu'à l'inverse, il faudrait remarquer que le sursis n'a pas été établi pour fournir au demandeur le temps de recueillir de nouvelles preuves à l'appui de sa demande ni pour procurer à son conjoint la facilité de se mieux défendre contre celle-ci.

Tous les incidents relatifs à la preuve auraient-ils été vidés, que le sursis ne pourrait être ordonné si l'opinion du juge n'est pas encore faite dans un sens favorable à

la demande. Le sursis n'est pas une dernière mesure d'instruction destinée à mettre la cause en état d'être jugée. Ce n'est pas davantage une mise en délibéré. Le pouvoir de sursis n'a pas été conféré au juge pour lui donner l'occasion de former et de mûrir sa conviction.

Que si cependant dans ces conditions le tribunal remet à quelques mois sa décision, ce n'est plus d'un sursis imposé aux époux en vertu de l'article 239 ou 246 nouveau qu'il s'agit, mais bien d'une remise de cause à long terme qui, pour avoir effet, doit être acceptée par les parties. Le tribunal, au moment où il renvoie ainsi l'affaire à une audience éloignée, est en possession de tous les éléments du litige et il n'aurait pas le droit d'en faire attendre la solution, si les conjoints ne consentaient à rester ainsi dans l'expectative sans être fixés sur le mérite de l'action (1).

40. — 2. Le sursis ne peut être prononcé quand la demande est considérée comme non fondée. — Surseoir en ce cas serait contradictoire : des juges ne sauraient à la fois nier et reconnaître l'existence d'un droit à l'autorisation de divorcer. Est-il à penser qu'un tribunal se serve jamais du sursis pour admettre une demande en divorce qu'il considérerait comme non établie, en laissant au temps le soin d'achever son œuvre ? Le sursis n'a pas été institué pour faciliter le divorce et son application, en l'hypothèse, serait éminemment répréhensible.

(1) V. comme exemples : trib. de Sedan, 28 avril 1885, visé dans un jugement du même tribunal en date du 6 juillet 1886, l'ajournement y a été prononcé sur une demande en conversion, ce qui démontre bien que l'article 239 n'était pas en jeu ; v. n. 33) ; trib. de la Seine, 30 mai 1902, visé dans un arrêt de la cour de Paris du 20 juillet 1904, (le tribunal était saisi à la fois d'une demande en divorce et d'une demande en séparation de corps ; v. n° 32).

Les magistrats doivent rejeter purement et simplement une demande en divorce dès qu'ils se sont rendu compte de sa non justification. Ils ne peuvent même pas retarder le jugement par lequel ils la repousseront. En laissant ainsi l'affaire en souffrance, ils commettraient un véritable déni de justice ; ils manqueraient à leur mission qui est de juger et ils seraient d'autant plus coupables que leur conviction est d'ores et déjà arrêtée.

Pourraient-ils, tout en repoussant la demande en divorce, suspendre pendant un temps déterminé l'exécution de leur décision, c'est-à-dire permettre à l'époux demandeur de vivre séparé de son conjoint durant quelques mois encore après l'instance ? La question s'est posée dans l'ancien droit, à propos de la séparation d'habitation et a été résolue affirmativement. On lit en effet dans Pothier (*Traité du contrat de mariage*, 6^e partie, chapitre III, n^o 521, p. 240, édition Bugnet.) : « Si les
« faits ne sont pas justifiés, il (le juge) donne congé de la
« demande de la femme et la condamne à retourner
« avec son mari. Quelquefois il accorde un court délai,
« comme de six mois, pour y retourner, afin que le res-
« sentiment que le mari peut avoir de la demande don-
« née contre lui par sa femme, puisse se calmer pendant
« ce délai, pendant lequel la femme doit rester en cou-
« vent. Nous trouvons ce tempérament adopté dans un
« arrêt du 14 mai 1695, rapporté au quatrième tome
« du Journal des Audiences (Livre 10, chapitre X) ». La jurisprudence postérieure au Code civil a employé, elle aussi, ce procédé en matière de séparation de corps et un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 juin 1812 (D. Rép. v^o Sép. de c. n^o 267) l'a considéré comme légitime en décidant qu'une cour d'appel pouvait, tout en rejetant une

demande en séparation ordonner qu'il serait sursis à l'exécution de son arrêt pendant trois mois. Il n'existe pas, à notre connaissance, de décision du même genre intervenue à l'occasion du rejet d'une demande en divorce. Mais la question est la même. Dans les deux cas il s'agit de savoir si la cessation de l'obligation de la vie commune peut provenir d'une autre voie judiciaire que d'un jugement de séparation de corps ou d'une mesure provisoire prise pendant un procès en séparation ou en divorce. Or, l'arrêt susvisé n'est pas seul à avoir affirmé la liberté des tribunaux sur ce point. Dans d'autres décisions rendues en d'autres circonstances, la jurisprudence s'est laissée aller, sous l'influence de considérations pratiques et sans respect pour l'article 214, à instituer en dehors des textes une véritable séparation de fait entre époux (1). Il ne nous semble donc pas impossible que des juges, tout en repoussant une demande en divorce, suspendent pendant un temps déterminé l'exécution de leur décision.

**4^o Le juge ne peut fixer à plus d'un certain nombre
de mois la durée du temps d'épreuve**

41. — Il paraît en effet nécessaire qu'une limite soit tracée par la loi pour que les juges ne puissent paralyser trop longtemps les droits qu'ils auront dû reconnaître.

Le Code civil s'exprimait ainsi : « Article 259 : ...les
« juges pourront ne pas admettre immédiatement le
« divorce... — Article 260 : *Après une année d'épreuve,*

(1) V. à ce sujet : G. Choquet, *La séparation de fait entre époux*.
Thèse, Lille, 1907, p. 52 et s.

« si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra.... etc. ». Par suite les juges ne pouvaient assigner au temps d'épreuve qu'une durée d'un an, ni plus, ni moins (1). C'est bien ainsi que la jurisprudence a compris ces articles et toutes les décisions relevées soit en France jusqu'en 1886, soit en Belgique jusqu'à nos jours, ont invariablement fixé à un an le délai du sursis. « Année d'épreuve », telle est toujours qualifiée cette période.

La loi de 1886 est venue apporter deux modifications à la règle du Code. L'article 246 n. s'exprime en effet de la manière suivante : « ...le tribunal... peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. — Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires *pendant un délai qui ne peut excéder six mois.*— *Après le délai fixé par le tribunal...* etc. » Il en résulte que le délai n'est plus invariable et que sa durée, qui devient une durée maximum, est diminuée de six mois. Le tribunal ne peut désormais fixer à plus de six mois la période d'épreuve ; mais si sa faculté de surseoir est soumise ainsi à une condition d'exercice plus étroite, elle lui est cependant, en un autre sens, moins strictement concédée puisque, dans la limite des six mois, il peut, comme il l'entend, déterminer la longueur du sursis.

Y a-t-il lieu de s'étonner de ces changements ? L'im-

(1) En ce sens : Curet, *op. cit.* n° 216 ; *Pand. belges, Rép.*, v° Div. n° 821. — M. Willequet, *op. cit.*, p. 163, n° 8, pense au contraire que le terme d'un an n'est qu'un maximum. Dans le même sens, Exposé des motifs de la loi de 1886 : « Le temps d'épreuve qui aujourd'hui (d'après l'art. 260), peut aller jusqu'à un an. » V. également trib. Liège, 12 mai 1886 (m.).

mutabilité du délai se comprenait parfaitement au temps où l'application du sursis était considérée comme un véritable principe. Aujourd'hui le prononcé d'un sursis est devenu une question d'espèce pour le juge et l'élasticité du délai permet de le mieux adapter aux circonstances (1). Quant à la réduction à six mois du temps d'épreuve qu'il est loisible d'abrégé encore, peut-être faut-il y voir, avec l'idée générale de moins contrarier la poursuite du divorce, la compensation de l'extension du sursis au cas d'adultère. Quoi qu'il en soit, on ne saurait sur ce point faire une chicane au législateur, car toute détermination de délai est nécessairement arbitraire et six mois peuvent paraître suffisants pour s'assurer de l'impossibilité d'une réconciliation.

5° Le juge est obligé de maintenir ou de prescrire pour la durée du temps d'épreuve l'habitation séparée des époux et les mesures provisoires nécessaires.

42. — Aux termes de l'article 246 n. al. 2, le tribunal, en prononçant le sursis, « maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires » pour sa durée. L'article 259 était conçu sur ce point dans le même sens :

(1) La plupart des jugements de sursis depuis 1886 fixent à six mois la durée du temps d'épreuve. On trouve cependant des sursis de *quatre* mois (V. comme exemples : trib. de Péronne, 7 juillet 1886, visé dans jugement du même tribunal, 6 avril 1887 ; trib. de Semur, 22 mars 1904, cité sous Dijon, 8 mai 1905 ; trib. de Sedan 18 mai 1906, cité ss. Nancy, 19 octobre 1907 ; trib. de Châtillon-sur Seine, 15 décembre 1908, visé dans jug. du même trib., 13 juillet 1909) ; de *trois* mois (V. jug. du trib. de Rouen, visé par un arrêt de la cour de Rouen, 30 octobre 1909).

« Dans ce cas, avant de faire droit, ils (les juges) autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos ; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins. »

Ainsi la loi n'a donné au juge le pouvoir de retarder l'autorisation de divorcer qu'à la condition de laisser ou de placer (1) les parties dans la situation d'époux séparés de fait. La raison en est facile à saisir ; elle est double et se présente historiquement de la sorte : d'une part, le tribunal ne pouvant différer la permission de divorcer que s'il a reconnu l'existence de causes de divorce, la communauté d'habitation ne peut plus dès lors être imposée à des époux dont la désunion est prouvée ; d'autre part, le sursis étant institué pour ménager l'espoir d'une réconciliation conjugale, le législateur a pensé que l'épreuve aurait plus de chance de réussir si les époux avaient une résidence distincte.

Cette seconde idée l'a d'ailleurs obligé finalement à ne pas dégager toutes les conséquences de la première qui, si on la poussait trop loin, aboutissait à l'établissement d'une séparation de corps véritable. Il eût été en effet contradictoire que la loi en permettant au tribunal de créer une dernière occasion de rapprochement, le forçât en même temps à rendre les époux aussi étrangers que possible l'un à l'autre, au lieu de maintenir entre eux les rapports qui peuvent exister en dehors de la vie

(1) Selon que ce point a été ou non réglé précédemment par une ordonnance du président ou une décision rendue au cours de l'instance.

commune et de rendre sensible par la solidarité des intérêts la persistance du mariage et de ses devoirs.

Aussi la séparation provisoire organisée pour la durée du temps d'épreuve diffère-t-elle très nettement de la séparation de corps ordinaire, de durée indéterminée, en ce que tout d'abord elle n'entraîne pas comme celle-ci la séparation de biens : elle ne divise pas les intérêts et laisse au mari la direction de la fortune du ménage conformément au régime matrimonial adopté. De même elle maintient dans son intégralité l'incapacité de la femme, qui reste soumise de la façon la plus complète à l'autorisation du mari, tandis que la séparation de corps, qui dès avant la loi du 6 février 1893 donnait à la femme par suite de la séparation de biens une certaine capacité, suspend aujourd'hui totalement l'exercice de la puissance maritale (art. 311 n., al. 3, Code civ.). Enfin la séparation provisoire ne fait subir à l'époux coupable aucune des déchéances pécuniaires que la séparation de corps lui infligerait pour le présent et pour l'avenir (1). Bref, on n'a pas perdu de vue que cette situation transitoire devait inviter le mari et la femme à se réunir, et on leur signale sur plus de points que le mariage subsiste.

Les seuls grands traits communs aux deux institutions sont les suivants : dans l'une et dans l'autre la vie commune cesse (et avec elle le devoir d'assistance) (2). Mais

(1) Notamment en ce qui concerne les avantages matrimoniaux, les droits d'auteur, la pension de retraite du conjoint prédécédé, le droit de succession du conjoint survivant.

(2) Touchant le devoir d'assistance, MM. Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 468, et M. Carpentier, *Tr.*, n° 173, donnent, sans la motiver, une solution contraire en cas de jugement de sursis. Il nous semble cependant que ce devoir consiste dans des soins personnels à donner

le devoir de fidélité et le devoir de secours persistent en raison du maintien du mariage.

43. Séparation de résidence. — Revenons à la question de la séparation de résidence en cas de sursis.

Il est tout d'abord intéressant de remarquer que le juge saisi d'une demande en divorce ne peut normalement statuer d'office sur la résidence des époux (1). La loi, en effet, lorsqu'elle a voulu accorder au tribunal le droit de statuer, sans en être requis, sur la garde des enfants, a pris soin de le dire dans l'article 240 n., al. 4. Or, il n'existe aucune disposition semblable pour la résidence et cela se comprend. Les enfants ne pouvant agir seraient exposés à ce qu'on ne s'occupât point d'eux, d'où le droit pour le tribunal de prescrire, même d'office, toutes les mesures provisoires qui lui paraîtront nécessaires dans leur intérêt. Les époux, au contraire, sont en temps ordinaire les meilleurs juges de l'opportunité d'une habitation séparée. Mais au cas où le tribunal estime qu'un sursis doit être prononcé, la situation n'est plus la même et c'est précisément pour peser sur l'esprit des parties que cette mesure peut être prise. Aussi, en ces circonstances particulières, la loi prescrit-elle au juge d'imposer une séparation provisoire aux époux dont la cohabitation après la preuve de leur désunion serait un obstacle à la réconciliation qu'il espère.

On a cherché à montrer une autre différence de l'ins-

à un conjoint en ayant besoin et qu'impliquant ainsi la cohabitation, il disparaît avec elle.

(1) V. notamment en ce sens : Grévin, *Div. et s. de c.* n° 200 ; Garsonnet, *op. cit.*, 1^{re} édition, VI, §. 1371, p. 531, note 5 ; 2^e édit., VII, § 2818, p. 573, note 6. — *Contrà* : Coulon, *op. cit.*, IV, p. 260.

titution du sursis avec le droit commun et l'on a dit (1) que l'article 246 n. contenait une exception au principe nouveau que posent (ceci n'est d'ailleurs pas admis par tous les auteurs) les articles 236, 238 et 240 récents, suivant lesquels le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser à un époux l'autorisation de résider séparément de son conjoint. Dans le cas d'un sursis, dit-on, le tribunal n'est pas investi de la faculté qui lui est reconnue par ailleurs (art. 240 n.) et il est obligé de maintenir ou de prescrire l'habitation distincte. Mais on oublie que le tribunal est libre d'ordonner le sursis, que c'est lui qui l'impose aux parties et non les parties qui le lui imposent (2) et que, s'il l'ordonne, c'est la loi et non les parties qui l'oblige à prolonger ou à établir la séparation provisoire.

44. — La femme se trouve ainsi devoir résider séparément de son mari, qu'elle ait été demanderesse ou défenderesse. L'article 259 semblait n'envisager que le cas où elle aurait été demanderesse : « ... les juges, déclarait-il, « autoriseront la femme à quitter la compagnie de son « mari ». Mais nous avons vu (n° 35) qu'il fallait ne pas attacher d'importance à cette restriction apparente due à un simple oubli dans la correction d'un texte qu'on remaniait.

Le juge doit donc, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, ordonner à la femme d'aller habiter ou de continuer à habiter hors du domicile marital, au lieu même qu'il lui indique et où elle devra résider effectivement durant l'épreuve sous peine d'encourir la première des déchéances

(1) V. notamment : Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 563 ; Dalloz, J. G. S. v° Div., n° 445.

(2) V. n° 28 *in fine*.

prévues autrefois par l'article 269, aujourd'hui par l'article 241 n. (1), car cet article, comme anciennement celui qu'il a reproduit presque mot pour mot, est applicable aussi bien après qu'avant le jugement de sursis. Ses termes généraux autorisent cette manière de voir et on conçoit d'ailleurs que la loi permette au mari de se prévaloir de cette disposition quand il existe un jugement de sursis. D'une part, en effet, si les causes de divorce sont alors reconnues existantes, le lien conjugal n'est cependant pas encore légalement rompu et le mari a le droit et le devoir de surveiller la conduite de celle qui est toujours son épouse. D'autre part, la réconciliation que le législateur et le juge cherchent à favoriser sera bien difficile si le mari ignore les résidences successives de sa femme et il est bon qu'on arme celui-ci d'une mesure de rigueur dont la crainte peut fort bien être salutaire. Nous concluons donc à l'extension de l'article 241 au cas de sursis (2). Notons que lorsqu'une séparation de corps est prononcée, il n'est plus au contraire applicable, car la séparation d'habitation ne porte plus alors seulement sur la résidence mais sur le domicile des époux, et la femme est par suite capable de se choisir un domicile et de le déplacer à son gré. La jurisprudence l'admettait déjà quand la loi du 6 février 1893 est venue s'en expliquer formellement (art. 108 nouveau, al. 2).

(1) Art. 241 n. : « La femme est tenue de justifier de sa résidence « dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à « défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire « déclarer non recevable à continuer ses poursuites. » Nous retrouverons ces deux points plus loin. (V. nos 47 et 89).

(2) En ce sens : Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 564 ; Grévin, *op. cit.*, n° 210 ; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 278.

45. — Terminons nos observations sur la cessation légale de la vie commune des époux en faisant remarquer que l'acte judiciaire qui la consacre, que ce soit une ordonnance du Président, un jugement incident, un jugement de sursis ou un jugement de séparation, ouvre ce qu'on a appelé la période suspecte pour la légitimité des enfants. Le mari, sur qui pèse toujours la présomption de paternité puisque le mariage est maintenu, peut, depuis la loi du 6 décembre 1850, au cas d'une demande en séparation, et, depuis la loi de 1884, au cas d'une demande en divorce (art. 313, al. 2 et 3), désavouer le ou les enfants qui naîtraient trois cents jours après cet acte, sous la seule condition qu'il n'y ait pas eu réunion de fait entre les époux. Disons d'ailleurs que ces enfants, comme ceux qui naîtraient dans les mêmes conditions de temps des œuvres du mari mais d'une autre femme que l'épouse, pourront être, bien qu'adultérins, légitimés par leurs père et mère véritables lors du mariage postérieur de l'ex-conjoint adultère et de son concubin complice (art. 331 n., al. 2. — Loi du 7 novembre 1907) (1)

46. **Maintien du devoir de fidélité** — Malgré ces altéra-

(1) L'ex-mari peut se remarier aussitôt après la transcription du divorce. La femme divorcée ne le pouvait pas jusqu'à ces dernières années : elle devait observer un délai de viduité de dix mois à compter de l'accomplissement de cette formalité. Une loi du 13 juillet 1907 est venue abréger ou même supprimer complètement ce délai. Désormais la femme divorcée peut contracter un nouveau mariage immédiatement après la transcription du divorce, lorsqu'il s'est écoulé trois cents jours après le premier jugement, préparatoire, interlocutoire ou au fond rendu dans la cause, (et ce jugement peut être un jugement de sursis), ou lorsque la dissolution du lien conjugal résulte de la conversion d'une séparation de corps en divorce (art. 296 et 297 nouveaux).

tions aux principes de la filiation légitime, il ne faut pas douter cependant que le mariage subsiste et avec lui le devoir de fidélité, après un jugement de sursis. Il en est de même après un jugement de séparation. Ce devoir de fidélité demeure entier pour la femme ; mais à la vérité, en ce qui touche le mari, il subit une atténuation importante et, jusqu'en 1884, il semblait disparaître même tout à fait, à ne lire que les textes qui concernaient spécialement sa violation. Avant la loi de 1884, en effet, le mari n'était considéré comme « adultère » au point de vue civil et au point de vue pénal qu'autant qu'il avait entretenu une concubine dans la maison commune (article 230 ancien, C. c. *in fine* et art. 339, C. pénal). Or, il n'y a plus de maison commune après un jugement de sursis ou de séparation. La loi rétablissant le divorce a bien supprimé la disposition finale de l'article 230, Code civil, et, de ce fait, l'infidélité commise par le mari pendant la période d'épreuve ou après un jugement de séparation est désormais, sous la qualification positive d'adultère et non plus seulement à titre d'injure grave, une cause de divorce pouvant être alléguée au besoin par la femme ; mais elle est restée impunissable au regard de la loi pénale.

47. Maintien du devoir de secours. — Comme le devoir de fidélité et pour la même raison, parce que le mariage n'est pas dissous, le devoir de secours survit au jugement de sursis. L'article 212, à ce point de vue, reste en vigueur et le tribunal, en prononçant le sursis, doit même en faire d'office (1) application, c'est-à-dire condamner l'un des époux, qu'il soit coupable ou non et pourvu

(1) V. plus bas art. 246 n., al. 2, et art. 259 : « Dans ce cas... ils condamneront... »

qu'il ait des moyens suffisants, à servir une pension (1) alimentaire à l'autre, si ce dernier lui apparaît comme devant se trouver sans ressources personnelles par suite de la séparation de résidence. Le tribunal doit également, si les mêmes conditions sont réunies, maintenir pour le temps d'épreuve la pension qui aurait été précédemment accordée. L'article 246 n. est très net et très simplement rédigé : « ...le tribunal... maintient ou prescrit l'habitation « séparée et les mesures provisoires... ». Nous en avons dégagé facilement, au point de vue qui nous occupe, les conséquences précédentes. Mais le tribunal doit-il aussi allouer une provision *ad litem* à l'époux dans le besoin pour lui permettre de poursuivre à l'expiration du sursis la délivrance de l'autorisation de divorcer ? Nous ne le croyons pas, car ce serait de sa part montrer trop peu de confiance en l'efficacité de sa tentative de conciliation et se contredire en incitant indirectement l'époux gratifié à ne pas tenir compte des conseils d'apaisement qu'il lui donne par ailleurs.

Les mêmes règles devaient être observées avant la loi de 1886. Ce n'est pas d'ailleurs que l'article 259 ait alors facilité leur recherche. En effet, à la différence de l'article 246 n., al. 2, la seconde partie de l'article 259, dont nous avons déjà signalé la rédaction imparfaite au sujet d'autres questions (v. n^{os} 33 et 44), prête à la critique en ce qui concerne l'allocation d'une pension alimentaire.

(1) Nous employons ce terme de « pension » comme l'a fait la loi elle-même, notamment dans l'art. 259, mais sans nous dissimuler son impropriété. Le mot de pension doit être exclusivement réservé au cas où la rente a un caractère permanent. Or l'allocation est ici temporaire : l'expression « provision » est donc la seule dont on devrait user.

Les auteurs du Code civil ont cru devoir envisager spécialement celle-ci et le texte porte que les juges condamneront le mari à payer à la femme une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins. Ainsi, d'une part, le cas n'a pas été prévu où il y aurait lieu de faire application de l'article 212 en faveur du mari et, d'autre part, on peut se demander ce qu'il faut entendre par les « revenus » de la femme.

Touchant le premier point, c'est-à-dire le rappel incomplet du principe posé par l'article 212 et qui doit s'appliquer ici intégralement, il faut observer que la même imperfection se retrouve dans la section II du chapitre de la procédure du divorce, section aujourd'hui abrogée et qui traitait « des mesures provisoires aux-
« quelles peut donner lieu la demande en divorce », sans faire la moindre allusion à une créance alimentaire du mari. Ce sont là défauts d'élaboration législative dont l'interprète doit regretter l'existence mais ne pas s'embarrasser.

Quant au second point, ce sont encore les principes généraux du droit matrimonial qui nous permettent de le résoudre. Le texte ne dit pas quels sont pour la femme ces revenus dont l'existence en quantité suffisante doit empêcher le tribunal de condamner le mari au service d'une pension. Sont-ce les revenus dont la femme peut librement disposer ou suffit-il qu'elle ait assez de biens personnels pour subvenir à ses besoins, quel qu'en soit l'administrateur et bénéficiaire, elle-même ou son mari? La première solution nous semble seule exacte. Lors même en effet que la femme a de la fortune, le mari résidant séparément en gardera par devers lui les reve-

nus, si le contrat de mariage lui en donne l'administration et la jouissance ; car ce contrat est toujours en vigueur, le sursis n'apporte aucun changement au régime matrimonial adopté et n'a pas davantage pour conséquence la liquidation anticipée des droits des époux. La femme la plus richement dotée pourra ainsi se trouver sans ressources du fait de la cessation de la vie commune et il est juste que dans ces conditions le devoir de secours s'exerce normalement (1).

Nous avons montré de la sorte comment se maintient le devoir de secours après un jugement de sursis. Disons pour finir que l'accomplissement de ce devoir peut être cependant suspendu à bon droit dans une hypothèse déterminée : l'article 241 n. (anciennement 269) étant, comme nous l'avons vu (n° 44), applicable au cas de sursis, il en résulte que le mari peut s'en prévaloir durant l'épreuve pour refuser de remettre à sa femme la provision alimentaire qu'il a été condamné à lui fournir pour cette période, tant qu'elle ne justifie pas de sa résidence au lieu qui lui a été assigné.

48. Mesures provisoires autres que la séparation obligatoire des époux et la provision pouvant être due à l'un d'eux. — En dehors de la séparation obligatoire des époux et de la provision pouvant être due à l'un d'eux, le tribunal qui prononce le sursis « prescrit ou maintient » pour sa durée toutes autres mesures provisoires lui paraissant nécessaires, qu'elles soient relatives aux enfants ou aux époux. L'article 246, al. 2 ne spécifie pas : « les mesures provisoires », se borne-t-il à dire. Quant à l'article 259, il était muet sur la question.

(1) Conf. Carpentier, *Tr.*, n° 174.

Aucune difficulté propre à notre matière ne nous semble s'élever à ce sujet. La seule particularité à signaler, en y insistant, c'est que le tribunal prendra d'office ces mesures, quelles qu'elles soient, si elles lui semblent s'imposer par suite de la cessation de la vie commune sans dissolution du mariage. En temps ordinaire, au contraire, il ne peut ordonner d'office que les mesures « qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants » (art. 240 n.). On comprend qu'au cas où il oblige les époux à se séparer provisoirement, il ait parfois à prendre de lui même des mesures d'ordre pécuniaire que les parties, dans l'attente d'un jugement autorisant le divorce et mettant fin au régime matrimonial, ont pu ne pas songer à provoquer.

49. — Ainsi se trouve terminée l'étude de toutes les mesures provisoires que doit prescrire ou maintenir le tribunal pour une période donnée quand il prononce un jugement de sursis.

Nous avons vu que presque toutes il ne doit alors les prendre que si la situation l'exige (1). Il n'en est qu'une qu'il doive en cas de sursis ordonner toujours et quelles que soient les circonstances : c'est l'habitation séparée des époux.

Une dernière remarque doit être faite. En ce qui concerne la désignation de la résidence de la femme (nous ne disons pas, bien entendu, la séparation elle-même) et les autres mesures prises, le tribunal n'est pas lié : son jugement sur tous ces points ne le dessaisit pas, il pourra revenir sur toutes les mesures qu'il a prescrites ou main-

(1) Il peut d'ailleurs, pour leur règlement, ordonner un supplément d'enquête et rendre par la suite un jugement spécial

tenues en vue d'un état de fait déterminé, si celui-ci vient à changer. C'est la seule partie du jugement de sursis qui n'ait pas l'autorité de la chose jugée (1).

6° Le pouvoir de sursis ne peut être exercé que par le tribunal.

50. — Pouvoir suspendre l'exercice d'un droit établi est une telle prérogative que pour la reconnaître à la cour d'appel au même titre qu'au tribunal, il eût fallu un texte formel qui la lui conférât. Or ce texte n'existe pas. C'est une raison majeure de décider que la faculté de sursis appartient exclusivement aux juges du premier degré (2).

Pour soutenir cette opinion, divers arguments d'inégales valeurs ont été invoqués, tant par certains arrêts (le plus récent de ceux-ci a été rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation) (3), que par une partie de la doctrine (4).

(1) Conf. sur les jugements contenant des mesures provisoires : Garsonnet, *Tr. de procédure*, 2^e édition, III, §§ 1119 et 1138.

(2) Conf. note de M. Tissier, S. 1909. 1. 538, col. 2, c.

(3) Besançon, 16 germinal an XIII ; Amiens, 11 août 1892 ; Paris, 23 février 1903 (m.) ; Aix, 7 juillet 1904 ; Cassation, Ch. civ., 10 mai 1909. — *Contra* : Amiens, 7 août 1806 ; Nancy, 13 janvier 1906 (cassé par arrêt de Cass. précité). Ces deux arrêts ont purement et simplement prononcé le sursis. La Cour de cassation, le 26 mai 1807 (rés. impl.) et la Cour de Nîmes, le 8 juillet 1867 (m. impl.), n'ont pas dénié à la Cour le droit d'appliquer l'article 259.

(4) Willequet, *op. cit.*, p. 160, n° 3 et p. 171, n° 4 ; Depeiges, *op. cit.*, n° 97 ; Carpentier, *Tr.*, n° 181 ; *Loi 1886*, n° 124 ; *Le div. et la s. de c.* (Rép. S. Fuz.-H., v° Div.), n° 2605 et 3052 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, t. IX. Suppl. v° Div. n° 231 ; Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 305 ; Frémont, *op. cit.*, n° 598 ; Coulon, *op. cit.*, IV,

Ils n'ont pas d'ailleurs paru décisifs aux partisans de la thèse contraire et nous les examinerons successivement, en plaçant en regard les objections qu'on y a faites.

51. — Tout d'abord, dans les textes et au cours de leur élaboration, il est toujours question du tribunal quand il s'agit de l'exercice du pouvoir de sursis. Qu'on veuille bien se reporter aux travaux préparatoires du Code, à l'article 260, aux travaux préparatoires de la loi de 1886, à l'article 246 n., on contrôlera facilement cette assertion. C'est le mot « tribunal » qui y est à chaque fois employé. On a fait remarquer que la place même des articles concernant le sursis était, elle aussi, significative : c'est à propos de la procédure devant les premiers juges qu'il est traité du sursis et on ne parle qu'ensuite de la procédure d'appel. La même observation peut être faite pour l'exposé des motifs de Treilhard au Corps législatif. — Mais à cela il a été répondu que c'était respecter l'ordre naturel d'exposition des règles sur la procédure du divorce que de faire connaître celles-ci dès qu'elles avaient à être appliquées et qu'il ne pouvait en être tiré argument pour refuser à la cour un droit que le tribunal s'était vu simplement accorder le premier. Que si, d'autre part, c'est nommément au tribunal que le Code et la loi de 1886 confèrent le droit d'ordonner le sursis, ce n'est nul-

p. 213 ; Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux. *Des pers.* 3^e éd., III, n° 147. — *Contra* ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 304 ; Huc, *op. cit.*, II, n° 378, p. 404 ; De la Bigne de Villeneuve, *Dt. civ.*, I, n° 496 ; Goiraud, *op. cit.*, p. 102 ; Janssens, Leclercq et Servais, *Suppl. aux Ppes de Dt. civil* de Laurent, I, n° 689 ; note aux *Pand. fr. pér.*, 1889. 2. 211 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, *Suppl.* par Roland, I, v° Div. n° 512. — Confér. note au Sirey, 1903. 2. 113.

lement une preuve que l'on ait voulu réserver aux seuls juges du tribunal la faculté de le prononcer; il ne faut pas oublier que, si le législateur a pris soin de formuler longuement les règles de la procédure du divorce en première instance, il n'a consacré à la procédure de l'appel que deux articles dans le Code de 1804 (art. 262 et 263), et un seul article dans la loi de 1886 (art. 248 n.); il faut donc pour suppléer à ce silence, étendre à la cour les règles édictées pour le tribunal, si elles ne sont pas incompatibles avec le mode de fonctionnement de la juridiction d'appel. — On oublie en faisant ce raisonnement, que les textes régissant le sursis sont d'ordre absolument exceptionnel et que les dispositions d'exception doivent être interprétées restrictivement : ce qui rend impossible leur extension. L'objection ne porte donc pas. On avait cherché à la rétorquer autrement en invoquant l'article 248 n. al. 3 (art. 262 ancien) : cet article exige que la cause soit en appel instruite comme affaire urgente, instruite et jugée disait même l'article 262. La nécessité d'observer cette prescription oblige dès lors à refuser aux conseillers la faculté de surseoir qui serait incompatible avec elle (1). Mais on peut faire remarquer que le délai d'épreuve retarde seulement l'autorisation de divorcer et ne met pas obstacle à ce que la cause soit « instruite et « jugée devant la cour comme affaire urgente ». Que veulent dire en effet ces mots ? Ils signifient que l'affaire, lorsqu'elle est définitivement enrôlée, ne prend pas rang dans le rôle à sa date pour n'en sortir qu'à son tour ;

1) En ce sens : Willequet ; Frémont. — Besançon, 16 germinal an XIII ; Aix, 7 juillet 1904 ; Cassation, Ch. civ., 10 mai 1909 (« le sursis « est inconciliable avec la procédure rapide que l'article 248 prescrit « pour l'instance d'appel »).

« elle est appelée sur simples mémoires pour être plaidée
 « et jugée sans remises et sans tour de rôle » (Décret du
 30 mars 1808, art. 66). Les parties doivent être fixées le
 plus tôt possible sur leurs droits respectifs ; ne le seraient-
 elles pas par un arrêt de sursis ? Ce n'est donc pas l'ar-
 ticle 248, al. 3, qui pourrait par lui-même empêcher
 l'application du sursis en appel. Nous avons dit plus
 haut ce qui la rend vraiment impossible.

52. — D'ailleurs, non seulement les textes ont désigné
 toujours le tribunal pour pouvoir prendre la mesure
 exceptionnelle du sursis, mais encore on trouve expres-
 sément formulé dans l'exposé des motifs de la loi de 1886
 le refus de ce droit à la cour. On y lit en effet : « ...cette
 « faculté n'appartient qu'au juge de première instance et
 « non au juge d'appel. ». Ce commentaire anticipé de
 l'article 246 n. s'est vu confirmé tacitement par la suite,
 car il n'a soulevé aucune contradiction au cours des dé-
 bats parlementaires sur le projet de loi. La portée res-
 treinte que nous avons attribuée aux règles du sursis se
 trouve ainsi parfaitement vérifiée (1). — Les partisans de
 l'extension du pouvoir de sursis n'ont pas voulu se mon-
 trer embarrassés par cet argument qui nous semble pour-
 tant péremptoire et ils y ont fait une double réponse,
 assez peu convaincante du reste. Certains d'entre eux
 (v. Vraye et Gode, *loc. cit.*) pensent que l'exposé des mo-
 tifs ne contient que la mention de l'opinion personnelle
 des auteurs du projet et que cette appréciation ne peut
 s'imposer avec force de loi, car « rien dans la discussion
 « ne démontre que le législateur l'ait faite sienne, ni que
 « la difficulté ait été mise en lumière et soumise aux

(1) V. en ce sens : Cass. civ., 10 mai 1909.

« Chambres ». D'autres et notamment M. Huc (v. également : De la Bigne de Villeneuve ; Janssens, Leclercq et Servais ; supplément de Rousseau et Laisney ; *loc. cit.*) reconnaissent une certaine valeur à l'annotation officielle de l'article 246 n., mais ne se tiennent pour convaincus qu'à moitié de l'inexistence du droit de prononcer un sursis en appel : ils persistent à accorder ce droit à la cour dans une hypothèse, lorsque le tribunal ne l'a pas lui-même exercé. D'après eux, en effet, l'exposé des motifs vise seulement le cas où le tribunal a déjà ordonné un sursis. Pour arriver à établir une pareille distinction, ils relient le passage ci-dessus rapporté à la phrase qui le précède : « L'ajournement ne pourrait donc être prononcé « plusieurs fois. » (v. n° 13). Et ils en tirent que la cour ne pourra pas renouveler l'épreuve qui n'a pas réussi, mais qu'elle pourra la tenter si celle-ci ne l'a point encore été. — Ce système est selon nous arbitraire et la distinction qui lui sert de base ne saurait s'inférer du texte de l'exposé qui n'en établit aucune et où les deux phrases que l'on rapproche, ayant chacune un sens propre et très clair, sont séparées par une locution adverbiale : « en « outre », qui les isole parfaitement l'une de l'autre au point de vue qui nous occupe. Quelle que soit l'attitude prise antérieurement par le tribunal, la cour, saisie de l'appel d'un jugement prononçant le divorce sans délai ou après sursis ou d'un jugement repoussant la demande, est toujours tenue, lorsqu'elle considère la demande comme établie dans le premier et le dernier cas, quand, dans le second, elle tient pour réunies les conditions de prononciation d'un divorce après sursis (1), de

(1) V. n° 101.

délivrer immédiatement l'autorisation de divorcer (1).

53. — On a dit encore que la cour ne pouvait pas apprécier l'éventualité d'un apaisement aussi bien que le tribunal qui, surtout avant 1886, connaissait mieux les époux pour les « avoir suivis et vus dans les diverses « phases d'une longue instruction » (v. Willequet, Frémont). — Mais ceci peut paraître assez contestable : distinguer le juge du fait et le juge du sentiment est de la fantaisie pure ; et d'autre part il est nécessaire, pour respecter la hiérarchie judiciaire, de croire que les conseillers ne rendent leur décision qu'en parfaite connaissance de cause, comme les juges, et ne pèsent pas moins qu'eux les circonstances de l'affaire qu'ils sont à même d'examiner à leur guise.

54. — On a dit aussi que le sursis était la manifestation suprême du pouvoir conciliateur dont le juge du premier degré est seul investi, « une formalité, une des lenteurs « combinées de la procédure de première instance » (en ce sens : Willequet, Frémont ; v. également Besançon, 16 germinal an XIII). Mais il n'y a dans ce raisonnement qu'une pétition de principe.

55. — On a dit enfin que l'application du sursis n'avait plus sa raison d'être en appel. De deux choses l'une, explique-t-on. Ou bien le tribunal a usé de la faculté qui lui appartient d'imposer aux parties un délai d'épreuve : n'est il pas évident alors qu'à l'expiration de ce délai toutes les chances de rapprochement sont épuisées et qu'un nouveau délai, prescrit par la cour, n'aurait d'au-

(1) Raisonner ici suivant la forme : qui peut le plus peut le moins, ne serait que logique sans être conforme au droit. V. cependant en ce sens : Vraye et Gode, *loc. cit.*.

tre résultat que de prolonger un litige irritant, sans laisser la perspective d'une réconciliation conjugale. Ou bien le tribunal n'a pas ordonné le sursis et dans ce cas, s'il a repoussé la demande, l'appel introduit par le demandeur, s'il l'a accueillie, la persistance de celui-ci à suivre sur l'appel interjeté par son adversaire, ne sont-ils pas la meilleure preuve que tout espoir d'une réunion des époux doit être abandonné (1). — Ce sont là considérations de fait qui n'auraient pas suffi à nous faire adopter notre solution et qui d'ailleurs ne nous paraissent pas absolument exactes, car il pourrait se trouver parfois qu'en appel l'attente d'une réconciliation ne soit pas vaine (2).

Quoi qu'il en soit, les textes sont assez nets et il faut s'incliner : les juges du second degré ne peuvent exercer le pouvoir de sursis. Il nous est permis seulement de le regretter, d'autant plus que par cette lacune la loi se trouve en contradiction avec elle-même : nous verrons en effet (nos 65 et s.) qu'elle a par ailleurs armé indirectement la cour d'un pouvoir analogue, en laissant s'appliquer normalement les règles ordinaires de l'appel. Car la cour, saisie de l'appel d'un jugement de sursis, peut confirmer ou infirmer ce jugement, c'est-à-dire maintenir ou révoquer une décision qui ne rentre pas dans ses attributions, exerçant ainsi un droit de contrôle sur la façon dont les juges du premier degré ont usé d'une prérogative que le législateur n'a pas eu la logique de lui conférer en propre.

(1) V. en ce sens : arrêt d'Aix, 7 juillet 1904 : « l'inefficacité des mesures tendant à la reprise de la vie commune, explique la pensée du législateur ».

(2) V. également ce qui est dit au n° 67.

CHAPITRE IV

CONTENU DU JUGEMENT DE SURSIS

56. — Un jugement se compose en règle générale de deux parties, les motifs et le dispositif; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens. Le jugement de sursis comporte-t-il tous ces éléments ?

57. — A cette question qui semblait avoir peu préoccupé la doctrine, M. Tissier a fait une réponse catégorique, déterminée logiquement par son système qui, on le sait (1), consiste à ne voir dans le jugement de sursis qu'un essai de conciliation et non un acte de juridiction: « Le jugement, dit-il (note S. 1909. 4. 538, col. 2, a.), « qui ordonne un sursis au jugement, en vue d'établir « un délai d'épreuve, ne doit pas apprécier les griefs ni « contenir aucune disposition ni aucun motif sur le fond du procès; il ne doit rien juger; il doit se borner « à surseoir purement et simplement sans qu'on sache « quelle sera la décision des juges; on sait qu'ils sont « prêts à prononcer le divorce; mais ils ne doivent pas « dire pour quelles causes et s'il y a une demande re-

(1) V. n° 20.

« conventionnelle au profit de qui et dans quelles conditions ils le prononceront. Le tribunal veut tenter un dernier essai de conciliation ; il espère ne pas avoir à prononcer le divorce ; il doit donc s'abstenir de faire connaître quels seront les motifs et le dispositif de la décision qu'il rendra au cas où une réconciliation n'interviendrait pas ; une appréciation des griefs formulée dans un jugement définitif sur le procès entraverait singulièrement la réconciliation encore possible ; la volonté de la loi est qu'un jugement sur le fond ne soit pas prononcé. » (1).

La solution que pour notre part nous adoptons ici ne saurait être la même, puisque nous considérons au contraire que le jugement de sursis implique une décision sur le fond. Le tribunal ne pouvant prononcer le sursis que lorsque la demande en divorce fondée sur certains faits est établie, se trouve par là même obligé, en prenant cette mesure, d'indiquer la raison pour laquelle il a le droit de la prendre. Cette raison, c'est l'existence d'une ou plusieurs causes de divorce déterminées. Il doit donc nécessairement juger la demande et constater dans son jugement qu'elle est justifiée. S'il pouvait ne rien juger et se borner à surseoir, il faudrait voir dans l'article 246 n. une exception au principe posé par l'article 4 du Code civil et repris par l'article 506 du Code de procédure civile ; le jugement de sursis constituerait ainsi un cas licite de déni de justice. Or il n'est pas possible d'interpréter de la sorte notre institution : le juge en imposant aux époux une période d'épreuve ne refuse

(1) V., établie en ce sens, la formule de jugement de sursis donnée par Curet, *op. cit.* (Petite encyclopédie juridique, t. XXXIX), p. 313.

pas de juger, il statue sur le mérite de l'action en divorce et en reconnaît le bien fondé ; ce qu'il refuse seulement, c'est de délivrer l'autorisation de divorce immédiatement après avoir constaté le droit à l'obtenir.

58. — Sur le point qui nous occupe, la loi ne contient dans les dispositions qu'elle a consacrées au sursis aucune indication spéciale : à côté de la mention faite de la séparation de résidence et des mesures accessoires qui doivent être ordonnées ou maintenues, on trouve seulement que les juges n'admettront pas, ne prononceront pas immédiatement le divorce. Sauf cette réserve, c'est donc le droit commun qui s'applique et le tribunal, en rendant sa décision de sursis, doit se conformer aux règles ordinaires de la rédaction des jugements (1). La nécessité où il se trouve d'y obéir s'explique et se justifie d'ailleurs facilement.

59. **Motifs.** — Qu'il soit tout d'abord tenu de motiver son jugement, cela est aisément compréhensible et nous venons de voir déjà en partie pourquoi : en premier lieu, en effet, il doit prouver que les conditions d'exercice du pouvoir de sursis se trouvent réunies. Pour montrer ainsi ce qui lui permet de surseoir, il doit constater qu'il s'agit d'une demande en divorce et que cette demande, fondée sur des faits appartenant à une certaine catégorie de causes de divorce, a été établie devant lui.

(1) M. Carpentier. *Tr.*, n° 172, estime cependant qu'en raison du silence de la loi, « les tribunaux ne sauraient être enfermés dans « aucune prescription ». Mais n'est-ce pas là poser un principe bien large d'interprétation ? M. Carpentier donne d'ailleurs lui-même dans les formules qui terminent son traité un modèle de jugement de sursis des plus complètement et normalement motivés. V. *Tr.*, p. 306, fle 33.

Cela l'oblige à examiner entièrement l'affaire : il ne rend pas un jugement de pure forme que le président prononcerait sans désespérer, mais une décision motivée en fait et en droit dont les termes méritent réflexion. Les parties se trouvent par là mieux garanties contre une application irrégulière du sursis, le juge étant contraint de justifier lui-même de l'observation exacte de la loi (1).

Laisser les époux dans l'état d'incertitude et de doute que M. Tissier préconise, le tribunal n'en a pas, croyons-nous donc, le droit : pas plus, dirons-nous encore, au cas d'une demande unique qu'au cas de demandes réciproques. Et même, en cette dernière hypothèse, il commettrait, comme nous avons cherché à le montrer plus haut (v. n° 40 et n° 34 note, p. 58), un véritable déni de justice si, jugeant l'une d'elles non fondée et l'autre établie, il ne repoussait pas la première aussitôt sa conviction faite. Il ne doit pas davantage se taire sur les motifs qui lui font apparaître dès à présent la seconde comme justifiée.

Au surplus, en dehors de la raison juridique développée au début de ce paragraphe, et qui exige impérieu-

(1) Que l'on juge en effet du résultat fâcheux auquel peut conduire le système qui incite le juge au mutisme lorsqu'il soumet les époux à une période d'épreuve : le tribunal de Sens ayant, par un jugement du 25 juin 1903 dépourvu de motifs, prononcé le sursis avant d'avoir examiné le fond, la cour de Paris, le 13 novembre 1905, s'est vue obligée de tirer les conséquences légales de l'application cependant intempestive de l'article 246 n. et de prononcer le divorce malgré l'absence de causes juridiquement établies ! — V. également quelle confusion regrettable peut créer dans l'esprit des parties un jugement de sursis sans motifs comme celui qui fut rendu par le tribunal de la Seine, le 30 mai 1902, dans une affaire que clôtura un arrêt de la cour de Paris, du 20 juillet 1904.

sement selon nous des attendus de fond pour une décision de sursis, il n'y aurait aucun intérêt pratique pour la Justice à prolonger par le silence une situation indéterminée.

En effet, un long délai pouvant s'écouler entre le prononcé du sursis et le jugement après sursis, les magistrats qui ont composé le tribunal lors du premier jugement peuvent ne plus être là pour rendre le second et l'on doit songer au cruel embarras où se trouveraient les nouveaux juges ignorant tous l'affaire et à qui on présenterait aux fins d'autorisation de divorce un jugement de sursis dépourvu de tout motif, pour motiver d'une manière sérieuse et exacte la délivrance de cette autorisation ; si même, ce qui arriverait en cas de demandes originaires réciproques, on ne les mettait ainsi dans la plus complète impossibilité de savoir aux torts de qui le divorce doit être prononcé.

Bien au contraire, à l'heure où le tribunal met le mari et la femme à l'épreuve d'une séparation provisoire, le président peut, sous l'impression directe des débats, trouver facilement les mots qu'il faut dire pour déterminer nettement la part de responsabilité respective des parties dans la mésentente conjugale et l'on peut d'autre part se fier à sa logique et à son tact pour ne pas donner au jugement qu'il rédige l'allure d'une provocation à la rupture définitive. Dès lors, en constatant l'établissement de la demande d'une manière délicate, succincte au besoin et qui suffit du reste au vœu du législateur (1), le juge peut concilier avec le respect dû à l'article 7 de la loi du

(1) Conf. comme exemple : Cass. civ., 25 juillet 1910. D. 1910 4. 464.

20 avril 1810 le souci de favoriser le rapprochement qu'il escompte ; car une décision tranchant sans brutalité et définitivement une question angoissante de preuve judiciaire peut faire plus d'impression sur les époux et amener plus aisément chez eux une détente salutaire qu'un jugement de réticence, une décision amorphe qui les laisserait dans une expectative fiévreuse et ne ferait que leur donner à espérer, en les incitant à le provoquer au plus tôt, un prochain jugement plus catégorique et libérateur, le jugement de divorce lui-même.

Le tribunal peut d'ailleurs affirmer la portée conciliatrice du jugement de sursis en y faisant connaître aux époux les raisons psychologiques qui l'ont conduit à ordonner le sursis dans un cas où il vient de juger qu'il était applicable. Sans doute il n'y est pas obligé : s'il est contraint en effet à donner les raisons de fait et de droit qui lui permettent d'appliquer l'article 246 n., il n'est pas légalement astreint à expliquer pourquoi il a considéré comme utile de le faire, puisqu'il agit là en vertu d'un pouvoir discrétionnaire (1).

Mais pratiquement il développera de son plein gré les motifs de sa détermination, en cherchant, par des paroles de confiance indulgente et d'espoir apaisant, à provoquer chez les époux un retour sur eux-mêmes qui les rapprocherait l'un de l'autre.

La jurisprudence en général a bien compris qu'un jugement de sursis n'avait de valeur que s'il faisait franchement connaître aux parties son caractère véritable et sa portée réelle. Avant d'ordonner le sursis, les juges, appréciant nettement les résultats des enquêtes ou les

(1) Conf. Garsonnet, *op. cit.*, 2^e édit. III, § 1416, note 7.

documents versés aux débats, ont le plus souvent constaté d'une manière très explicite que la demande était établie, et indiqué par là que sur ce point la discussion était close devant eux (1).

La règle que nous croyons être la bonne et que l'on voit ainsi appliquée d'une manière répétée et tout naturellement par les tribunaux a d'ailleurs été formulée expressément par la cour de Rouen, dans un arrêt du 30 octobre 1909, où on lit ceci : « les juges du premier « degré, pour motiver le sursis, ont dû nécessairement « juger et ont formellement jugé que la demande en « divorce était justifiée par les faits établis et par suite « fondée. ».

N'oublions pas, avant de terminer l'étude des motifs du jugement de sursis, que le tribunal doit motiver aussi les mesures provisoires qu'il se voit obligé de prendre en appliquant l'article 246 n..

60. Dispositif. *Solution du litige.* — La décision de sursis avec ses accessoires étant ainsi justifiée par des raisons de natures variées, le juge doit ensuite l'énoncer dans son dispositif. Il le fera dans les mêmes conditions de complète clarté qu'en rédigeant les motifs.

Procédant avec ordre et ne pouvant logiquement suspendre l'exercice d'un droit au divorce qu'après en avoir reconnu l'existence, il déclarera tout d'abord la ou les

(1) V. notamment les jugements des tribunaux suivants : Paris, 26 août 1810 ; Bruxelles, 13 février 1864 ; Anvers, 10 mai 1873 ; Liège, 12 mai 1886 ; Liège, 28 février 1894 ; Seine, 24 juillet 1902 ; Semur, 22 mai 1904 ; Liège, 15 août 1904 ; Marseille, 11 février 1905 ; Tarascon, 4 août 1905 ; Foix, 29 décembre 1906 ; Chatillon sur-Seine, 15 décembre 1908 ; Versailles, 28 juillet 1911 (non rapp.). — *Contra* : trib. de Reims, 21 avril 1910 (v. même tribunal, 20 janv. 1911).

deux demandes bien fondées, puis dira surseoir à « prononcer » le divorce d'entre les époux aux torts de l'un ou de chacun d'eux. Prétendre, comme l'a fait la cour de Toulouse, le 21 novembre 1908, que le tribunal agirait en violation de l'article 246, s'il appréciait dans le dispositif de son jugement de sursis et non pas seulement dans les motifs les griefs qui lui ont été soumis, c'est ne pas se rendre compte que le jugement des faits de la cause, la reconnaissance du bien fondé de l'action a la même valeur quelle que soit sa place dans la sentence ; que cet élément sans lequel la décision ne pourrait être rendue constitue une de ses parties essentielles, fût-il inséré seulement dans les motifs, et qu'il n'y a pas lieu, bien au contraire, de faire un reproche au juge de le rappeler, en lui donnant plus d'apparence, dans le dispositif de son jugement. C'est l'oubli de ces principes qui a fait malheureusement dire au tribunal de Tarascon, le 3 août 1906, « que si le tribunal, dans les « motifs de son jugement de sursis du 4 août 1903, a « paru estimer que la demande était établie, cette appréciation ne figure point dans le dispositif ; que le tribunal, se bornant dans ledit dispositif à surseoir à « statuer, a entendu ne point se lier ; qu'il peut par « suite, après l'expiration du délai de sursis, revenir sur « son appréciation première... ». Cette erreur de droit fut d'ailleurs relevée par un arrêt infirmatif de la cour d'appel d'Aix, du 27 novembre 1907.

61. *Dépens.* — Après avoir statué sur les mesures provisoires, au sujet desquelles nous n'avons rien de spécial à dire ici, le tribunal terminera son jugement en résolvant la question des dépens de l'instance, les parties ayant, dans l'attente d'un jugement d'admission ou de

débouté, bien certainement conclu de ce chef. A lire les formules proposées par certains auteurs (Curet, p. 313 ; Coulon, V. p. 443 ; v. égal. Vraye et Gode, p. 498, f^o 39), ou le dispositif de certains jugements (trib. d'Anvers, 10 mai 1873 ; trib. de Tarascon, 4 août 1905), il suffirait au tribunal d'éluder la question en réservant les dépens jusqu'au jugement de divorce (1). Tel ne peut être notre avis. L'instance sur la légitimité de la demande est définitivement close par le jugement de sursis : la preuve du bien fondé de l'action est faite aux yeux des juges ; le défendeur succombe au fond. Le jugement de sursis n'est pas un incident banal et sans portée qui traverse le débat principal : il y met fin bel et bien. Or, n'est-il pas défendu à un tribunal de réserver les dépens d'une décision d'ores et déjà définitive (2). Les magistrats doivent donc régler l'attribution des dépens (3), et ils s'inspireront, pour ce faire, soit de l'article 130 du Code de procédure civile par application duquel ils condamneront aux frais l'époux qui succombe dans sa défense, soit de l'article 131 du même Code qui leur permettra de répartir ceux-ci dans la proportion qui leur plaira entre le mari et la femme.

Il est heureux d'ailleurs que le respect des règles juridiques impose au juge de se prononcer sur ce point, et la raison pratique est d'accord ici encore avec le droit, car il nous paraîtrait singulièrement malhabile de ne pas fixer les parties, dans le jugement de sursis, au sujet des

(1) Dans le même esprit, mais avec plus de fantaisie, un auteur, Zwendelaar, *Code formulaire du divorce*, p. 100, a pensé qu'il convenait de condamner le mari à les payer provisoirement.

(2) Conf. Garsonnet, *op. cit.*, 2^e édit., III, § 1104, p. 499. note 6.

(3) En ce sens : Carpentier, *Tr.*, p. 306, formule 55.

frais de l'instance qu'il termine, et de reporter le règlement de cette question qui peut très justement les préoccuper à un jugement, le jugement de divorce, auquel on veut précisément qu'elles ne songent point.

CHAPITRE V

ATTITUDES DES PARTIES APRÈS LE JUGEMENT DE SURSIS. VOIES DE RECOURS DONT CELUI-CI EST SUSCEPTIBLE.

62. **Signification du jugement de sursis.** — Le jugement de sursis une fois rendu, il y a lieu de le porter officiellement, dans la teneur de sa minute et des qualités qui la complètent, à la connaissance des personnes qui ont droit ou intérêt à en être informées et qui sont jusque là légalement présumées en ignorer l'existence (1).

Sa portée est d'ailleurs assez considérable par les droits qu'il consacre, pour qu'on ne puisse l'assimiler à certains jugements, plutôt simples actes judiciaires, qu'on peut exécuter sans les avoir signifiés, parce qu'ils n'ont aucune importance sérieuse, comme les jugements de mise en délibéré (art. 94, C. de proc.), les jugements de renvoi de cause (art. 83 du tarif, décret du 16 février 1807). La distinction de ce dernier jugement et du jugement de sursis a été très nettement faite par un arrêt de la Cour de Paris du 20 juillet 1904 dans une affaire où le tribunal de la Seine avait le 30 mai 1902 entendu ne pas imposer aux époux un délai d'épreuve dans les termes de l'article 246, mais rendre un simple jugement de remise que

(1) V. en sens contraire, note de M. Tissier, S. 1909. 1. 539, col. 1, e.

les parties avaient bien « interprété de la sorte », car elles ne l'avaient « ni levé ni signifié ».

Au reste pour pouvoir supprimer la signification d'un jugement, il faut un texte formel qui l'autorise (1) et ce texte n'existe pas ici.

Le jugement de sursis n'est pas fait en effet pour rester secret et sa signification s'impose à plusieurs points de vue.

Tout d'abord, comme condition préalable d'une exécution régulière; car il contient plusieurs chefs susceptibles d'une exécution séparée : d'une part, il reconnaît aux parties (au demandeur seul avant 1886) le droit de provoquer à l'expiration du sursis la délivrance de l'autorisation de divorcer; le jugement de divorce sera rendu en exécution du jugement de sursis, qui doit donc être signifié par la partie voulant user par la suite du droit qu'elle tient de lui (2). D'autre part, le jugement de sursis ordonne ou maintient des mesures provisoires dont l'exécution sera requise pour le temps de l'épreuve par la partie qui, y trouvant avantage et ne voulant pas le perdre, devra remplir les formalités nécessaires à la validité de ses agissements (3).

En deuxième lieu, la signification du jugement de sursis est obligatoire pour faire courir les délais des voies de recours dont nous estimons qu'il est susceptible (v. n^{os} 63 et s.) (4).

(1) V. en ce sens : Glasson, *Précis de procéd. civ.*, 2^e édit., I, p. 613.

(2) V. en ce sens : Liège, 3 mars 1887 (m.); Amiens, 30 novembre 1887 (m.); trib. de la Seine, 3 juillet 1909.

(3) V. en ce sens : Liège, 3 mars 1887 (m.).

(4) En ce sens : arrêts et jugement ci-dessus cités. Add. : trib. de Liège, 12 mai 1886; trib. de Péronne, 6 avril 1887; Liège, 5 février 1896; Agen, 3 mai 1909.

En troisième lieu, elle sert selon nous de point de départ au délai d'épreuve, dans le silence du jugement à ce sujet (v. n° 80).

En quatrième lieu, enfin, elle seule, en dehors de la comparution personnelle des époux que le tribunal pourrait ordonner, permet de faire parvenir solennellement aux parties les conseils d'apaisement et de conciliation que le juge veut précisément leur faire tenir et qu'il serait étrange d'empêcher qu'on leur fît ainsi connaître.

Les règles ordinaires de la signification des jugements et notamment l'article 147 du Code de procédure, en son entier, s'appliqueront donc en notre matière.

63. Voies de recours. — Le jugement de sursis connu des parties, que vont pouvoir faire celles-ci, si elles se considèrent comme lésées par lui ? Des moyens leur sont-ils offerts de l'attaquer et d'obtenir, s'il se peut, une décision leur convenant mieux ?

64. Opposition. — Et d'abord, si le jugement a été rendu par défaut faute de comparaître ou de conclure contre le défendeur (1), ce dernier peut-il y former opposition ?

La doctrine est unanime à reconnaître que le jugement de sursis est susceptible de cette voie de recours (2).

(1) Nous avons vu en effet (n° 29) qu'il n'était pas nécessaire que l'instance fût liée contradictoirement pour qu'une période d'épreuve pût être imposée aux époux.

(2) V. notamment : Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 308 ; Grévin, *op. cit.*, n° 196 ; Carpentier, *Loi* 1886, n° 122, p. 151 ; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 212 ; Huc, *op. cit.*, II, n° 378 ; B.-Lac., Ch. et Ch., *op. cit.*, 3^e édit., IV, n° 147 *in fine* ; Pand. fr. Rép. v° Div. n° 2237 s. ; Rép. Labori, *eod. v.* n° 224 ; Sirey, Fuzier-Hermann, *eod. v.* n° 2605. (Carpentier, *Le div. et la s. de c.*, même n°).

Quant à la jurisprudence, nous n'avons trouvé sur la question que deux décisions, en sens contraire l'une de l'autre : la première, du tribunal de Péronne, en date du 6 avril 1887, refuse au défendeur défaillant le droit d'inviter les magistrats à rétracter leur jugement ; la seconde, de la cour d'Amiens, rendue le 30 novembre suivant, infirme la précédente (1).

Le tribunal, pour déclarer l'époux défendeur non recevable en son opposition, avait soutenu « qu'en édic-
« tant une procédure absolument spéciale, la loi avait
« dérogé presque sur tous les points au droit commun,
« aussi bien à l'égard des jugements par défaut qu'à
« l'égard des jugements susceptibles d'appel, et qu'il
« paraissait juridiquement impossible de se soustraire à
« ce principe que les dispositions du Code civil au titre
« du Divorce étant absolument exceptionnelles, doivent
« recevoir une interprétation limitative ;... que par appli-
« cation de ce principe... le jugement de sursis ne parais-
« sait pas susceptible d'opposition, la loi de 1886 n'ayant
« nullement conféré ce droit d'opposition à la partie
« défenderesse ». Mais où a-t-on vu que le législateur ait
entendu, en matière de divorce, restreindre la faculté
d'opposition, au point que l'opposition ne serait recevable
que dans les cas où elle est formellement autorisée (2) ?
De ce que les délais et aussi la procédure ont été modifiés,
il ne s'en suit nullement que le droit commun ne subsiste
plus à tous autres points de vue ; au contraire, il semble
bien plutôt, la loi ayant sur certains points fixé des règles

(1) V. également Grenoble, 31 décembre 1907 (m.).

(2) Note dans la *Gazette du Palais*, 1887, 2^e sem., p. 58, ss. jug du trib. de Péronne, précité, daté par erreur du 6 mai 1887.

spéciales, qu'il faille, à défaut de dispositions dérogatoires, appliquer pour le reste les règles ordinaires. Aussi la cour d'Amiens a-t-elle pu dire avec raison « qu'il est « de principe que les jugements par défaut sont suscep-
« tibles d'opposition ; que nulle disposition contraire à
« cette règle fondamentale qui se rattache au droit de
« légitime défense ne se rencontre dans la loi relative à
« la procédure du divorce et que l'ensemble de cette loi
« ne permet pas de supposer que le législateur ait voulu
« supprimer le droit d'opposition ; que l'article 247
« (comme l'article 248, al. 2 et 3) indique même de sa
« part une pensée toute contraire ».

Pour soutenir son argumentation juridique, le tribunal de Péronne avait cru bon d'ajouter « que le défaut d'ou-
« verture du droit d'opposition de la part du législateur
« s'expliquait facilement par l'absence absolue d'intérêt
« pour le défendeur de former opposition à un jugement
« de cette nature, puisque le sursis dont parle 246 a été
« édicté en sa faveur et dans le but unique de rendre
« sans effet la demande en divorce formée contre lui ».

Or, dans la pratique, le système du tribunal, s'il était admis, se retournerait précisément contre le défendeur. Il peut se faire en effet qu'un tribunal, alors que le débat n'a pas été contradictoire, alors que les juges n'ont entendu que les arguments du demandeur, ait considéré que la demande en divorce était établie, tandis qu'il aurait eu peut-être une autre manière de voir s'il avait connu les moyens du défendeur défaillant. Le défendeur, on le voit, peut donc avoir un réel intérêt à faire opposition au jugement qui a prononcé le sursis par défaut (1).

L'application du droit commun nous paraît ainsi abso-

(1) Poulle, *op. et loc. cit.*.

lument juridique et avantageuse. Il s'ensuit notamment que, lorsque le jugement de sursis est rendu par défaut faute de comparaître, l'opposition n'est recevable que « jusqu'à l'exécution » (art. 158, C. pr.) ; et par exemple, pour prendre les faits de l'espèce tranchée par la cour d'Amiens, si le jugement a été régulièrement signifié au domicile de la femme défenderesse tel qu'il lui était conservé et maintenu pendant tout le cours du délai, si la femme a eu connaissance de l'exécution qui en a été faite par la nouvelle assignation donnée après l'expiration du sursis, si elle a constitué avoué et conclu au fond sur cette assignation, son opposition signifiée seulement par la suite ne saurait être admise. Si la partie défenderesse réclamait à son profit le bénéfice du délai de huit mois fixé pour la recevabilité de l'opposition par l'article 247, Code civ., il lui serait souverainement répondu que cet article n'a entendu viser que l'opposition au jugement qui donne l'autorisation de divorcer et non celle faite au jugement qui en diffère la délivrance.

65. Appel — Le jugement de sursis est-il également susceptible d'appel ? Cette question a été la plus vivement controversée de notre matière et s'est trouvée solutionnée diversement selon l'idée que les auteurs et les juges se sont faite du caractère juridique du jugement de sursis (1). Pour ceux qui n'ont vu dans ce jugement

(1) Dans le sens de la recevabilité sans restriction de l'appel : Demiau-Crouzilhac, *op. cit.*, p. 564 ; Zachariæ, III, § 480, note 38 ; Lassaulx, *Annales*, II, 89 ; Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 307 ; Goirand, *op. cit.*, pp. 458 s. ; Coulon, Faivre et Jacob, *Man. form. du d. et de la s. de c.*, p. 176 ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 302 ; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 212 ; Huc, *op. cit.*, II, n° 378, p. 404 ; D. R. S. v° Div. n° 452 ; Rép. Labori, *eod. v.* n°s 224 et 240 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, IX. Suppl., v° Div. n° 231 et Suppl. par

qu'une pure mesure dilatoire, un simple essai de conciliation (1) ou la première partie d'une décision à intervenir (2), pas d'appel possible. Pour d'autres qui l'ont qualifié de jugement préparatoire, application de l'article 451, al. 1, du Code de procédure, l'appel n'étant par suite interjetable que conjointement avec le jugement de divorce (3). Pour ceux enfin qui l'ont considéré comme

Roland, I, *eod. v.* n° 453; Janssens, Leclercq et Servais, *op. cit.*, I, n° 689; C. C. annoté Dalloz, art. 246, n° 29. — *Jurispr.*: Cass., 26 mai 1807 (rés. impl.); Paris, 20 mars 1810 (rés. impl.); Liège, 1^{er} février 1855; Bruxelles, 24 avril 1866 (rés. impl.); trib. de Liège, 12 mai 1886 (m.); Liège, 5 février 1896 (rés. impl.); Cassation belge, 3 décembre 1896; Paris, 7 juillet 1902 (rés. impl.); Liège, 9 mai 1903; Aix, 27 novembre 1908 (rés. impl.); Grenoble, 31 déc. 1907 (rés. impl.); Toulouse, 21 novembre 1908 (m.); Cass. req., 30 nov. 1908 (rés. impl.); Agen, 3 mai 1909 (m.); trib. de la Seine 3 juillet 1909 (m.).

En sens contraire : Willequet, *op. cit.*, p. 162; Depeiges, *op. cit.* n° 108; Frémont, *op. cit.*, n° 598; Carpentier, *Loi 1886*, n° 124; *Le div. et la s. de c.* (Rép. Sirey, Fuzier-H., v° Div.) n° 2603 s.; Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. cit.*, IV, 147; Code civil annoté Sirey, F. H., appendice sur 259 n° 7 et Suppl. par Grifond, sur 246, n°s 16 et s.; Note de M. Tissier, S. 1909 4. 538, 3^e col., *d.* — *Jurispr.*: Trèves, 11 juin 1806; trib. de Péronne, 6 avril 1887 (m); Paris, 25 février 1903; Dijon, 8 mai 1905; Rouen, 30 octobre 1909

Conf. II^e partie d'une note non signée, au Sirey, ss. Paris, 25 février 1903, 1903. 2. 113.

Jurispr. roumaine. (v. n° 104). — Appel recevable : C. de cassation, journal roumain *Le Droit*, 1887, n° 8; v. égal. même journ. 1884, n° 56 et 1886, n° 78. — En sens contraire : *id.* 1884, n° 68; 1890, n°s 4 et 73; 1893, n°s 25 et 73.

(1) En ce sens notamment : Willequet; note de M. Tissier, *loc. cit.*; Dijon, 8 mai 1905.

(2) En ce sens : Note au Dalloz, ss. Paris. 25 février 1903, D. 1905. 2. 53; Rouen, 30 octobre 1909. — V. n° 27.

(3) En ce sens : Depeiges, *loc. cit.*; Trèves, 11 juin 1806.

une décision interlocutoire ou définitive, préjugant ou jugeant le fond, le recours aux juges du second degré s'ouvre immédiatement. Pour nous, cette dernière solution, la plus généralement adoptée par la jurisprudence, s'impose, à l'exclusion des autres que nous repoussons comme nous avons repoussé les systèmes dont elles ne sont que les conséquences. (V. n^{os} 19 et s.).

Sans y vouloir revenir trop longuement, rappelons en effet que le jugement qui ordonne le sursis n'est pas une simple remise à quelques mois d'une décision sur la cause : s'il peut être considéré comme ayant un caractère dilatoire en ce qui concerne l'obligation imposée aux parties de se soumettre à l'épreuve, il est définitif en ce que le tribunal est lié par l'appréciation qu'il a faite de la demande, n'ayant pu user du pouvoir que lui confère l'article 246 qu'autant qu'il a reconnu le bien fondé de cette demande. Il contient en lui-même affirmation qu'elle est entièrement justifiée et que le divorce au profit du demandeur sera permis après le délai fixé, si l'un des époux l'exige et qu'une réconciliation conjugale ne soit pas intervenue. Il vide le litige sur le point le plus essentiel en tranchant affirmativement la question de l'existence d'un droit à l'autorisation de divorcer. Créant en même temps un obstacle à l'exercice de ce droit, il nuit au demandeur qui se voit ainsi refuser pour le moment la délivrance cependant justifiée de la permission de divorcer. Mais il nuit bien plus encore au défendeur, auquel il ne laisse d'autre espoir d'échapper à la dissolution future du mariage et aux conséquences déplorables qu'elle entraînerait pour lui, que le désir hypothétique de réconciliation dont peut être animé son conjoint. Si celui-ci ne consent pas après le jugement de sursis à reprendre

la vie commune, la rupture du lien conjugal aux torts de l'époux défendeur est dès à présent certaine.

Présentant ainsi, à des degrés différents selon chaque partie, le caractère dommageable, étant par suite sans assimilation possible avec une mesure d'ordre intérieur ou de conciliation ne portant nulle atteinte aux droits des parties, le jugement de sursis est donc susceptible d'appel immédiat de la part de l'un et de l'autre des époux, dans les termes de l'article 443 du Code de procédure civile, aucun texte formel ni aucune fin de non-recevoir tirée des principes généraux ne s'élevant contre cette application du droit commun.

66. — Nombreuses ont été cependant les objections faites à cette application.

Un auteur (Goirand, *loc. cit.*), tout d'abord, tenant pour l'appel un raisonnement semblable à celui que nous avons rencontré dans un jugement du tribunal de Péronne au sujet de l'opposition, n'a-t-il pas dit que les dispositions du Code civil en matière de procédure du divorce, étant absolument exceptionnelles devaient recevoir une interprétation limitative et que la loi n'ayant pas donné expressément aux parties le droit de déférer à la cour le jugement de sursis, il fallait le leur refuser. — Nous avons montré facilement (n° 64) le vice d'une argumentation pareille, exactement contraire à la vérité juridique. Tout à l'opposé, en effet, et bien que les dispositions du Code civil en matière de divorce soient parfois d'ordre exceptionnel, il nous apparaît, avec la cour de Grenoble (arrêt du 31 décembre 1907), « que pour ac-
« cepter une dérogation au droit commun aussi grave
« que l'interdiction de relever appel d'un jugement fai-
« sant grief, il faudrait un texte spécial, qu'on ne voit

« nulle part (1), ou tout au moins la démonstration
 « d'une incompatibilité absolue entre la décision de sursis
 « et la procédure d'appel, démonstration qui reste à
 « faire (2); qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'aux
 « termes de l'article 239, Code civ., les causes de divorce
 « doivent être instruites et jugées dans les formes ordi-
 « naires et qu'on se demande, en vérité, comment et
 « pourquoi le législateur, à l'occasion d'un jugement
 « qui, sans conteste, est de nature à infliger au conjoint
 « (défendeur) le dommage le plus irréparable et la plus
 « cruelle des flétrissures, aurait paralysé dans ses mains
 « le droit d'appel, pendant un délai prolongé, au risque
 « de mettre en péril ou d'affaiblir les témoignages et les
 « moyens de preuve sur lesquels il base son recours, et
 « ce, dans le vague espoir d'une réconciliation le plus
 « souvent chimérique », l'aurait obligé, pourrait-on dire
 encore, à attendre pour former appel que le tribunal
 ait rendu, à l'expiration du temps d'épreuve, un second
 jugement qui, ne comportant aucun examen nouveau de
 l'affaire sauf en ce qui concerne l'exception de réconci-
 liation et les mesures accessoires, est une pure formalité.

67. — On a aussi allégué contre la possibilité d'un appel
 immédiat du jugement de sursis que la période de
 recueillement ouverte par le sursis demandait à n'être
 troublée par aucune discussion irritante, pour favoriser

(1) V. de même, Toulouse, 21 novembre 1908 : « Attendu que
 « d'après l'article 239, C. c., la procédure du divorce est réglée dans
 « les termes du droit commun ; que pour consacrer une dérogation à
 « cet article, il serait nécessaire de s'appuyer sur un texte législatif ;
 « qu'en effet lorsque le législateur a entendu refuser le droit d'appel
 « contre une décision judiciaire, il l'a formellement déclaré. ».

(2) V. sur ce point n° 51 *in fine* et n° 53.

davantage chez les conjoints le retour sur eux-mêmes et les idées d'apaisement et d'oubli (1). Mais cette considération parfaitement juste milite plutôt en sens contraire ; il apparaît, en effet, que pour être le dernier et suprême appel à la raison et au cœur des époux, suivant le vœu de la loi, il faut que le sursis ne soit pas seulement une trêve et un armistice entre les luttes de première instance et celles du second degré de juridiction, et qu'il ne prenne cours qu'une fois terminées et éteintes les querelles du prétoire ; pour être délégué à la cour, il ne s'ensuit pas que le jugement qui a prescrit le sursis, non dans l'intérêt de tel ou tel époux, mais dans un intérêt social supérieur, ne puisse plus recevoir de ce chef son exécution utile, et rien ne semble s'opposer, s'il vient à être confirmé, à ce que, de par la cessation de l'effet suspensif de l'appel, la période d'attente et d'épreuve s'accomplisse ensuite dans les conditions les plus salutaires et les plus efficaces (2).

(1) En ce sens : Note de M. Tissier, *loc. cit.* : « Le but poursuivi « par la loi implique qu'à partir du jugement de sursis, toute procé-
« dure est suspendue, toute lutte arrêtée ; c'est une période de calme
« et d'apaisement que le juge veut établir. Ce but serait manqué si
« l'appel était possible. si les hostilités pouvaient continuer. La Cour
« d'appel ne pouvant ordonner de sursis, il en résulterait que le pou-
« voir du tribunal serait tenu en échec par le droit d'appel ; il ne
« serait plus vrai de dire que le tribunal peut, avant la prononciation
« du divorce, établir une séparation d'épreuve. ». V. également : Pa-
ris, 25 février 1903 ; Dijon, 8 mai 1905 ; Rouen, 30 octobre 1909.

(2) Grenoble, 31 décembre 1907. — Encore faut-il cependant faire remarquer que le jugement de sursis contient nécessairement une décision sur les mesures provisoires qui peut toujours donner lieu à discussion judiciaire et laisse ainsi les époux libres de continuer pendant la trêve cette « lutte acrimonieuse » dont parle un arrêt cité de la cour de Rouen. V. également ce qui est dit au n° 82.

68. — On a encore voulu, pour fermer provisoirement aux parties la voie de l'appel, arguer de ce que la cour ne peut de sa propre initiative imposer un délai d'épreuve. « Il semblerait contradictoire, ont dit MM. Bau-dry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. et loc. cit.*, « de permettre à la juridiction du second degré de connaître de l'opportunité d'une mesure qu'elle ne saurait « ordonner elle-même. » Mais cette contradiction, s'il est permis de la regretter (v. n° 55), s'impose cependant à nous d'après les principes généraux du droit : dans le silence des textes le droit commun s'applique, et ici le droit commun, c'est l'impossibilité pour des magistrats de suspendre l'exercice en justice d'un droit reconnu et c'est la possibilité pour des parties en cause d'appeler d'un jugement.

69. — N'a-t-on pas dit aussi, pour dénier le droit à l'appel, qu'il était dans le vœu du législateur de faire de la faculté de sursis quelque chose de particulier à la juridiction de première instance ? (Carpentier, *op. et loc. cit.*) Mais n'est-ce pas faire ainsi de la législation ? Des arrêts (1) ont, dans le même esprit, soutenu que le tribunal restait saisi de l'affaire, la retenait et la réservait pour en laisser pendant la durée du temps d'épreuve la solution au jugement des époux, et que tant qu'il en était saisi, l'accès de la cour d'appel était interdit aux époux. Nous avons montré, en analysant le caractère du jugement de sursis, qu'il n'y avait là qu'un jeu de mots (v. n° 23).

70. — Il est curieux d'ailleurs de remarquer que parmi les arrêts qui ont déclaré irrecevable l'appel immédiat d'un jugement de sursis, celui qui a vraisemblablement inspiré

(1) Arrêts des cours de Paris, Dijon, Rouen déjà cités.

les suivants, l'arrêt de la cour de Paris du 25 février 1903, a senti le danger du système qu'il adoptait et, pour tempérer un refus que nous jugeons arbitraire, a formulé une réserve qui, malheureusement, nous apparaît, elle aussi, comme un non sens juridique. Cette cour, en effet, n'a pas voulu décider que l'appel était en toute hypothèse, irrecevable : prenant soin de constater qu'il n'était pas allégué par l'appelant que le tribunal, en prescrivant le sursis, eût contrevenu aux prescriptions de l'article 246 n., elle a laissé entendre que, si l'appel du jugement de sursis n'était pas recevable avant le jugement de divorce lorsque le tribunal s'est conformé aux dispositions de notre texte, il en serait autrement si le tribunal avait, en ordonnant le sursis, violé l'article 246 (1). Cela conduit tout simplement à ce résultat extravagant d'une décision en dernier ressort, susceptible d'appel pour violation de la loi ! Nous ne croyons pas qu'il soit utile d'insister. L'appel isolé et immédiat du jugement de sursis est possible quel que soit le reproche qu'on lui fasse, quel que soit le vice qu'on y relève. Ce recours est ouvert aux parties par cela seul qu'elles n'acceptent pas le jugement.

71. — Disons brièvement, car nous aurons l'occasion d'y revenir plus tard (v. n^{os} 97, *in fine* et 101) que l'appel du jugement de sursis, par son effet dévolutif, remet en question toute l'affaire et que par suite le défendeur originaire pourra former devant la cour une demande reconventionnelle, celle-ci n'étant point, aux termes de l'article 248, alinéa 4, Code civil, considérée en appel comme demande nouvelle.

(1) V. également le dernier motif et le dispositif d'un arrêt de la cour de Toulouse, du 21 novembre 1908.

72. — Les conseillers, saisis au fond de tout le litige par l'effet dévolutif, puisque le jugement de sursis a autorité de chose jugée sur le bien fondé de l'action et quant à la mesure prise, pourront sur ces deux points confirmer ou infirmer le jugement. Ils l'infirmeront, soit en déboutant de sa demande l'époux dont les premiers juges avaient considéré l'action comme légitime, soit en lui délivrant immédiatement, sans le retard que lui avaient imposé ceux-ci, l'autorisation de divorce. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire quand ils décident de permettre aussitôt le divorce, ils émendent le jugement qui leur est déferé et ils ne sauraient parler d'évocation ; la situation n'est pas, en effet, celle prévue par l'article 473 du Code de procédure : un jugement sur le fond est déjà rendu (1). Si la cour confirme le jugement de sursis, elle épuise par là sa propre compétence et l'effet dévolutif de l'appel : elle sera désormais dessaisie comme le tribunal l'avait été par son propre jugement et elle n'aura pas le droit (art. 472, C. proc. et 246, al 3, C. civil combinés) de statuer sur les suites et l'exécution de son arrêt qui ne seront en somme que celles du jugement confirmé, dont la connaissance est attribuée par la loi au tribunal qui a rendu ce jugement de sursis. L'instance qui pourra suivre l'expiration du délai d'épreuve s'ouvrira devant les premiers juges.

73. **Absence d'autres voies de recours.** — Après l'opposition et comme elle, l'appel étant recevable contre un jugement de sursis, nous ne voyons pas qu'il y ait d'autres voies de recours pour l'époux mécontent. Car les voies

(1) V. cependant Liège, 4^{er} février 1835. — En notre sens : Bruxelles, 24 avril 1866.

de recours extraordinaires (ce sont celles-là seules qu'il nous resterait en effet à examiner) n'étant ouvertes que contre les jugements en dernier ressort, sont nécessairement fermées à la partie qui pouvait appeler et ne l'a pas fait (1).

74. Acquiescement. — L'époux qui, lui, s'accommode du jugement de sursis s'abstiendra de l'attaquer par les moyens qui lui sont offerts et laissera passer les délais qui donneront vis à vis de lui au jugement force de chose jugée. Mais sa volonté peut-elle hâter ce résultat et a-t-il le droit d'acquiescer expressément au jugement de sursis ? Nous ne le croyons pas. Car, si, en vertu de l'article 249 du Code civil qui n'est qu'une application spéciale d'une règle générale s'imposant en dehors de toute disposition écrite dans les matières intéressant l'ordre public (2), la volonté des époux doit être absolument sans efficacité pour la création de l'état de divorce, placé par la loi en dehors et au dessus des conventions des parties, elle ne peut davantage être valablement et utilement émise devant un jugement de sursis qui, s'il ne crée pas cet état, doit l'engendrer cependant sur la première réquisition de l'un des époux à l'expiration du délai d'épreuve survenu sans réconciliation. Admettre ici comme possible un acquiescement, ce serait injustement permettre aux conjoints de changer plus tard leur état grâce à un jugement dont la portée impérieuse aurait été irrévocablement fixée dès sa prononciation par leur propre initiative.

75. Désistement d'appel. — Pour la même raison il nous apparaît que doit être prohibé comme l'acquiescement le désistement d'appel ; qu'il intervienne à une époque où l'ap-

(1) Conf. Garsonnet, *op. cit.*, 2^e édit., V. § 1977.

(2) V. sur ce point, la note de M. Tissier, sous Caen, 27 décembre 1899, au S. 1902. 2. 89.

pel n'est plus recevable, auquel cas il produirait le même effet qu'un acquiescement ; ou qu'il intervienne auparavant, car là encore, si on l'autorisait, l'époux pourrait laisser s'écouler le délai d'appel sans former un nouveau recours et la situation deviendrait identique à la précédente.

76. Renonciation au bénéfice du jugement. — Une autre attitude peut être prise par les époux et c'est précisément celle désirée par le juge qui a cherché à la provoquer en appliquant l'article 246 : c'est l'abandon du droit qu'il a été obligé de leur reconnaître pour pouvoir les mettre à l'épreuve d'une séparation temporaire, le droit d'arguer du jugement de sursis pour faire « prononcer » le divorce après le délai fixé. Nous avons déjà fait remarquer, en analysant le caractère juridique du jugement de sursis (v. n° 23 *in fine*), qu'il serait impropre de parler ici de « désistement », un désistement étant l'abandon d'une procédure commencée et non pas parvenue à son achèvement comme c'est le cas présent. Insistons bien encore sur ce point que cette renonciation au bénéfice du jugement de sursis doit être depuis 1886 acceptée par l'autre époux pour être véritablement efficace, car l'article 246 n., Code civil, nous le savons et le reverrons par la suite, a reconnu non seulement au demandeur mais aussi au défendeur la faculté de demander et d'obtenir l'autorisation de divorce à l'expiration du temps d'épreuve si une réconciliation, c'est-à-dire un accord des deux époux, n'est pas intervenue.

77. — Que l'un des conjoints, au contraire, reste sourd aux conseils donnés par le tribunal, aux démarches qu'à pu tenter l'autre époux, et veuille tirer parti du jugement de sursis pour se rendre libre des liens du mariage, il pourra le faire dans des conditions déterminées et que nous allons maintenant étudier.

CHAPITRE VI

ASSIGNATION APRÈS SURSIS

78. — L'alinéa 3 de l'article 246 n. est ainsi conçu :
« Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se
« sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre
« à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi
« pour entendre prononcer le jugement de divorce. »
L'article 260, qu'il a remplacé, disait : « Après une année
« d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux
« demandeur pourra faire citer l'autre époux à compa-
« raître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y en-
« tendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors
« admettra le divorce ».

79. **Expiration du délai d'épreuve. Calcul du délai.** —
Nous avons vu en examinant les conditions d'exercice du
pouvoir de sursis (n° 41), que sous le Code civil et la loi
de 1884, l'épreuve devrait être invariablement d'un an,
que depuis la loi de 1886, sa durée n'est plus nécessaire-
ment uniforme, mais que le tribunal ne peut dorénavant
la fixer à plus de six mois. C'est après le délai ainsi pres-
crit par les juges que l'assignation nouvelle à fin d'auto-
risation de divorce pourra être lancée. Il nous faut donc
exposer comment se calcule ce délai que, par hypothèse

et pour la commodité des explications qui vont suivre, nous supposons avoir été fixé à son maximum : six mois.

Etant fixé par mois, le délai se compte de quantième à quantième. D'autre part, il est de règle qu'on ne compte pas dans le terme le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où a lieu l'acte qui fait courir le délai. Quant au jour de l'expiration, le *dies ad quem*, il n'y est pas non plus compté ou au contraire il y est compris, (en d'autres termes le délai est franc ou non), selon que le délai a ou n'a pas pour point de départ une signification faite à personne ou à domicile (art. 1033, Code de proc.). Nous allons voir que cette distinction doit être faite en notre matière (1) : il nous reste, en effet, à déterminer ce point de départ, c'est-à-dire le jour à partir duquel il faut procéder pour examiner si les six mois ont commencé.

80. — Ce point de départ, c'est selon nous (2), le jour même du jugement si le tribunal l'a ainsi ordonné (3); sinon le jour de la signification à partie (4). C'est bien cette dernière date qui doit, en cas de mutisme des juges sur ce point où ils sont souverains, être prise

(1) *Contra* : Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 306, et Goirand, *op. cit.*, p. 146, qui considèrent le délai comme étant toujours franc. Quant à M. Carpentier (*Loi 1886*, n° 117; *Le div. et la s. d. c.*, n° 2592), il lui semble « peu intéressant de chercher à résoudre cette question » sur laquelle, dit-il, la loi ne fournit aucune indication.

(2) Voir également en ce sens, Dalloz. *Rép. Suppl.*, v° Div., n° 449.

(3) V. comme exemples : Trib. Liège, 12 mai 1886 et 28 fév. 1894 ; Trib. de Tarascon, 4 août 1903.

(4) Nous suivons ici l'opinion de M. Huc (*Comment. du Code civil*, II, n° 378, p. 404), qui, toutefois, moins libéral, ne laisse aux magistrats le droit de fixer le point de départ au jour du jugement que si celui-ci est rendu contradictoirement.

en considération et non celle du jugement (1). Quoi qu'en pense un jugement du tribunal de Liège du 12 mai 1886, on n'ajoute pas, en ce faisant, au délai strictement limité par le législateur : la loi, en donnant le pouvoir de sursis au juge, n'indique pas seulement un délai pendant lequel la délivrance de l'autorisation de divorcer peut être retardée, mais exige en ce cas une épreuve ; or cette épreuve, pour être valable, suppose l'exécution des mesures provisoires prévues par la loi et, pour avoir toute sa portée conciliatrice, fait présumer comme nécessaire la communication aux parties de la tentative du tribunal. Elle ne peut dès lors commencer qu'après que le jugement qui l'ordonne a été signifié, car jusque là la décision n'est pas légalement considérée comme connue de la partie vis-à-vis de laquelle elle pourra être invoquée. C'est donc avec raison, nous semble-t-il, que la cour de Liège, le 3 mars 1887, mit à néant le jugement du tribunal de Liège précité qui avait prononcé le divorce sans qu'au jour de l'assignation après sursis le délai prescrit se fût écoulé depuis la signification du jugement de sursis muet sur son point de départ.

81. — Le jugement de sursis étant susceptible d'appel, si cette voie de recours est exercée par l'une des parties

(1) V. cependant en ce sens : Depeiges, *op. cit.*, n° 97 ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 304 ; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 220 ; note de M. Tissier au Sirey, 1909. I. 539, col. 2, f. — M. Tissier rapprochant notre hypothèse de celle d'un délai de grâce, applique ici par analogie l'article 123, C. proc., aux termes duquel le délai court du jour du jugement, s'il est contradictoire et de celui de la signification, s'il est par défaut. — Mieux vaut, nous semble-t-il, se référer aux principes généraux.

et que la cour confirme le jugement, le délai aura été suspendu en vertu de l'article 457, alinéa 1, du Code de procédure, depuis l'acte d'appel jusqu'à la signification de l'arrêt confirmatif; il reprendra ensuite son cours. Sans doute ainsi l'appelant prorogera d'autant le délai d'épreuve imposé par les juges dans des limites strictes, retardera d'autant l'époque où lui et son conjoint pourront agir pour se faire délivrer l'autorisation de divorcer. Mais ceci n'est qu'une conséquence légale de l'exercice du droit d'appel, dont il faut respecter intégralement les effets, sans les regretter d'ailleurs, comme on a pu le voir plus haut (n° 67).

Si l'arrêt confirmatif est l'objet d'un pourvoi en cassation, le pourvoi n'est pas suspensif, car, en matière de divorce, un pourvoi n'est suspensif qu'autant qu'il s'applique à un arrêt qui a prononcé le divorce ou confirmé un jugement qui le prononçait.

Si une cour, jugeant sur renvoi après cassation, confirmait le jugement de sursis, le délai suspendu déjà par l'assignation devant la première cour se calculerait dans les mêmes conditions que pour l'arrêt d'une cour confirmant sur simple appel.

82. — Ces diverses observations présentées, il est nécessaire de bien faire remarquer que si les parties, quand elles veulent agir en vertu du jugement de sursis, doivent attendre l'expiration du délai d'épreuve calculé d'après les données précédentes, il ne leur en reste pas moins pendant tout le délai le droit d'agir par une voie différente, si des faits non allégués dans l'instance précédant le sursis se sont produits qui leur paraissent de nature à leur faire accorder le divorce sans sursis, et elles peuvent dans ce cas intenter immédiatement sans

tenir compte de l'article 246 n., alinéa 3, une action en divorce spéciale ayant sa cause propre, en vertu des articles 229 et s. du Code civil. Comme nous l'avons fait remarquer au n° 27 *in fine*, l'impossibilité de procéder créée par le jugement de sursis pour le temps de l'épreuve n'est pas absolue, elle est relative seulement aux faits reconnus alors comme ayant justifié la demande. Et l'exception de chose jugée fournie par le jugement de sursis ne saurait s'opposer ici, faute d'identité de cause (1).

83. Prescription. — Nous venons d'étudier le minimum du délai imposé à la partie désireuse d'arguer du jugement de sursis pour se rendre libre. Y a-t-il également un maximum ? En d'autres termes, une déchéance quelconque pourra-t-elle être opposée au bout d'un certain temps à l'époux qui voudra alors tirer parti du jugement de sursis ?

Aucun texte n'impartit aux conjoints de délai pour ce faire après l'épreuve imposée. Dès lors le jugement de sursis pourra toujours être sur ce point exécuté, car « la « prescription ne court point entre époux » (art. 2253, C. c.) et celle qui s'appliquerait dans notre cas, celle du droit commun, la prescription trentenaire, est suspendue durant le mariage, c'est-à-dire précisément pendant le temps où l'action fondée sur le jugement de sursis pourra être intentée (2).

Certains auteurs (3) ont cependant pensé que la pé-

(1) V. également ce qui est dit au n° 97, *in fine*.

(2) V. dans le même sens : Ch. Constant, *Code du d.*, ss. 260, n° 306; Curet, *op. cit.*, n° 218 ; *Pandectes belges*, Répert., vo Div., n° 828.

(3) V. Carpentier, *Loi 1886*, n° 122 ; Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 306 ; Dalloz, *Rép.*, *Suppl.*, vo Div., n° 450 ; *Pand. fran-*

remption devait pouvoir s'appliquer ici ; et d'après eux, les époux qui auraient laissé s'écouler trois ans sans lancer l'assignation dont parle l'article 246, al. 3, seraient déchus du droit de poursuivre la délivrance de l'autorisation de divorce en vertu du jugement de sursis et seraient tenus de recommencer *ab ovo* toute la procédure. Nous ne saurions partager cette manière de voir : il ne nous apparaît pas en effet qu'une des parties puisse dans l'hypothèse invoquer contre l'autre l'article 397 du Code de procédure, car il ne peut être question de la péremption d'une instance qui a cessé d'exister, close par le jugement de sursis (v. n° 23) ; par cette décision, il nous faut encore le répéter, il y a chose jugée pour le point sur lequel les juges ont été obligé de statuer, pour l'établissement de la demande ; le jugement de sursis est la conclusion d'une instance dont le bénéfice est définitivement acquis et il met à l'abri de la péremption toute la procédure qui lui est antérieure. Songe-t-on d'ailleurs que l'idée d'une péremption est absolument incompatible avec la nature de l'acte par lequel, soi disant, la partie fautive aurait dû poursuivre l'instance et qui est une assignation, c'est-à-dire un exploit signifié à personne ou à domicile par lequel on introduit une nouvelle instance. Enfin peut-on logiquement supposer qu'après avoir cherché à réconcilier les parties en organisant le sursis, le législateur aurait voulu leur donner ensuite la crainte d'une forclusion rapide, les obligeant ainsi à faire au plus tôt, pour l'éviter, l'acte de nouvelle hostilité que précisément il espère qu'elles ne commettront pas.

caises, Rép. *eod.* v°, n° 2243 ; Rép. Sirey, Fuzier-H., *eod.* v°, n° 2604 ; Baudry-Lac., Ch. et Ch., *op cit.*, IV, n° 146.

84. — Si le jugement de sursis a été rendu par défaut faute de comparaître, il est bien évident que les conjoints n'ont pas à craindre la déchéance de l'article 156, Code procédure, aux termes duquel « les jugements par défaut contre partie doivent être exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon ils sont réputés nonavenus ». Cette disposition ne s'applique pas au jugement de sursis : on ne pourrait en effet raisonnablement reprocher à l'époux l'inaction à laquelle tout justement il a été condamné pour un délai qui peut être égal et qui était autrefois d'une durée double !

85. — Les mesures provisoires contenues dans le jugement de sursis (v. n^{os} 42 et s.) ne valent que pour la durée de l'épreuve ; leur autorité cesse avec l'expiration du délai. Dès ce moment l'un des époux peut refuser à l'autre de se prêter à leur exécution et, s'il n'agit pas lui-même en délivrance d'autorisation de divorce, le forcer ainsi à agir ou à accepter une réconciliation.

86. — **Qui peut assigner.** — Chacun d'eux en effet, le défendeur originaire comme le demandeur, peut faire citer son conjoint à comparaître devant le tribunal pour se voir accorder par jugement la permission de divorcer sur le simple rappel de la décision qui l'avait différée. Sous l'article 260 du Code civil, le droit d'assignation après sursis n'appartenait qu'au demandeur originaire et n'était par suite commun aux deux époux que s'il y avait eu, lors de la première instance, réciprocité de demandes justifiées (1). En 1886, on l'a au contraire étendu

(1) M. Goirand, *op. cit.*, p. 145, fait allusion à une controverse qui se serait élevée autrefois sur la question de savoir si, vu les termes « employés par l'art. 260, cette faculté devait être restreinte à

à l'époux défendeur, sans que la raison en ait été donnée ni dans l'exposé des motifs, ni dans le rapport de la commission, ni dans la discussion. On peut se rappeler cependant que les mêmes législateurs ont par ailleurs (art. 252 n. al. 3) armé le défendeur d'un droit qui lui était aussi refusé autrefois, le droit de requérir de l'officier de l'état civil, après le jugement de divorce, l'accomplissement de la formalité qui réalisera la rupture du lien conjugal, et il apparaît alors que l'alinéa 3 de l'article 246 n. et l'alinéa 3 de l'article 252 n. ont dû être élaborés dans le même esprit et qu'ils ont été sans doute inspirés l'un et l'autre à leurs rédacteurs par cette même considération qu'un jugement une fois rendu forme un titre égal pour les deux parties et leur appartient en commun. Le jugement de sursis, pas plus que le jugement de divorce, n'est ainsi la propriété exclusive du demandeur et le défendeur pourra, lui aussi, en tirer parti (1).

« l'époux demandeur ». C'est vainement que nous en avons recherché la trace et nous ne voyons pas d'ailleurs ce qui aurait pu la provoquer.

(1) V. ce que nous avons déjà dit sur ce point au n° 24. — Pour retrouver les motifs de l'innovation de l'article 246, al. 3, on pourrait vouloir rappeler encore qu'en 1884 le droit de demander la conversion d'un jugement de séparation de corps ayant duré trois ans avait été accordé à l'un et à l'autre des époux. Mais l'analogie avec le droit de demander après le sursis la délivrance de l'autorisation de divorcer est, depuis 1804 (au début des travaux préparatoires du Code on les avait confondus ; v. nos 6, 7, 11), trop lointaine au point de vue historique et juridique pour permettre de croire à l'influence de l'article 310 de la loi de 1884 sur l'élaboration en 1886 de l'alinéa 3 de l'article 246 n. Le Code civil n'avait, en effet, reconnu qu'à l'époux défendeur le droit de demander la conversion, alors qu'il ne conférait qu'au demandeur le droit de demander le divorce après l'épreuve ; d'autre part, en 1884, la conversion a sans doute pu être

87. Assignment. — L'acte initial qu'à l'expiration du délai un époux doit accomplir pour rendre le jugement de sursis opérant, est une citation à comparaître délivrée à l'autre époux dans la forme ordinaire des assignations.

Elle est signifiée au conjoint, à son domicile, si c'est le mari, et si c'est la femme, à la résidence qui lui avait été fixée ou maintenue par le tribunal pour la durée de l'épreuve. C'est là en effet qu'en dernier lieu elle avait le droit et l'obligation de séjourner (1).

Le tribunal compétent pour connaître de la nouvelle demande et devant lequel doit être invité à comparaître dans les délais de la loi (c'est-à-dire à huit jours francs, augmentés s'il y a lieu des délais de distance), l'époux assigné, est le tribunal qui a prononcé le sursis : la loi est très nette sur ce point. C'est d'ailleurs là une attribution normale de compétence absolue, *ratione materiæ*, un tribunal étant en droit commun le propre juge de l'exécution de ses décisions.

Ainsi, l'épreuve étant terminée, c'est bien une assignation qui constituera la formalité à remplir tout d'abord pour agir aux fins d'autorisation de divorce après jugement de sursis signifié. La loi l'indique en des termes si précis que tous autres errements seraient sans valeur.

De là on peut tirer :

1° Qu'un permis de citer n'a pas à être requis. On comprendrait à la rigueur l'utilité d'une nouvelle intervention

réclamée par les deux époux, mais les juges sont devenus maîtres à cette date et jusqu'à la loi du 6 juin 1908 de la refuser même en l'absence de réconciliation, tandis que dans cette hypothèse l'obligation pour le tribunal de prononcer le divorce à l'expiration du sursis a toujours subsisté.

(1) Conf. Carpentier, *Tr.*, n° 177.

du président dont la mission conciliatrice pourrait avantageusement renaître même après que le tribunal a tenté vainement à son tour un dernier effort d'apaisement. Si son rôle de conciliateur doit être considéré comme épuisé, c'est que des textes formels font obstacle à sa résurrection (1).

2° Qu'une simple requête au tribunal serait insuffisante et inefficace.

3° Qu'on ne saurait davantage procéder valablement au moyen d'un simple à-venir signifié entre les avoués qui étaient constitués lors de la première instance. La citation prescrite par la loi tend à obliger l'époux, d'une part, à manifester après le délai d'épreuve sa volonté d'user du droit qui lui est conféré par le jugement de sursis, d'autre part, à porter directement sa résolution à la connaissance de son conjoint pour le mettre à même de prendre toutes mesures utiles. Comme la requête au tribunal qui ne touche pas l'autre époux, l'à-venir, émané seulement de l'avoué et délivré seulement à son collègue, ne saurait y suppléer ; l'assignation avec constitution nouvelle d'avoué est une formalité substantielle dont l'omission entacherait la procédure suivie d'une nullité absolue. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la cour de Nancy du 19 octobre 1907, confirmant un jugement du tribunal de Sedan.

On a pu apprécier au n° 23 l'argument que l'exigence d'une citation apporte à l'appui de notre manière de voir sur le caractère juridique du jugement de sursis.

(1) Conf. note de M. Brésillion, ss. Nancy, 15 avril 1896, D. 99. 2. 129.

CHAPITRE VII

SECONDE INSTANCE ET JUGEMENT APRÈS JUGEMENT DE SURSIS

88. — La demande étant portée à la connaissance du défendeur, le tribunal compétent n'en est pas encore instruit. Dessaisi par le jugement de sursis, il faut le saisir à nouveau de l'affaire et il en sera saisi par un placet de mise au rôle, par une réquisition d'audience (1). L'instance nouvelle suit alors son cours, conformément à la procédure ordinaire.

89. **Applicabilité de l'article 241 n., Code civil.** — Celui des époux qui aura introduit la demande après le sursis remplira les formalités nécessaires pour arriver au jugement libérateur qu'il réclame. La question se pose alors de savoir si la disposition finale de l'article 241 n., Code civil, est applicable en ces circonstances, c'est-à-dire si le mari peut, la femme étant demanderesse, se prévaloir de ce texte pour la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites jusqu'à ce qu'elle ait réintégré la rési-

(1) Il est bien évident que le tribunal ne pourrait de sa propre autorité, sans l'initiative de l'une des parties, tirer les conséquences du jugement de sursis. V. Carpentier, *Loi 1886*, n° 121.

dence séparée que le juge lui avait précédemment assignée et dont elle ne justifierait pas.

Nous avons estimé (v. n^o 44) que l'article 241 gardait toute sa valeur en notre matière; mais il ne faut point oublier par ailleurs que les juges du sursis n'ont assigné à la femme une résidence séparée que pour la durée de l'épreuve et qu'à l'époque où nous sommes arrivés maintenant, le délai est expiré; que par suite, la femme, pour avoir le droit et l'obligation de séjourner après cette date en dehors du domicile conjugal, doit s'être pourvue devant le juge compétent et que c'est au respect de cette nouvelle décision rendue (car la précédente n'a plus de valeur) que le mari la rappellera en faisant prononcer contre elle la déchéance temporaire édictée par l'article 241.

90. Délivrance de l'autorisation de divorcer. — Les juges dont on requiert la décision à l'expiration du sursis, ne sauraient être embarrassés. devant le point de droit qui leur est soumis. L'article 260 disait clairement : « Après
« une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas
« réunies,... prononcer le jugement définitif qui pour
« lors admettra le divorce. »; l'article 246 n. alinéa 3, n'est pas moins net : « Après le délai fixé par le tribunal, si
« les époux ne se sont pas réconciliés,... prononcer le juge-
« ment de divorce. »; et plus explicite encore est l'exposé des motifs qui a précédé son entrée sans discussion (1)

(1) On peut signaler cependant à titre de simple curiosité un incident provoqué au sujet de la forme du divorce par la rédaction de l'article 246, dans la séance du 10 décembre 1883, au Sénat. (*J. O. Déb. parl., Sénat, 1883, p. 1283, col. 1.*) où il apparaît que certains parlementaires et non des moindres : le rapporteur, M. Labiche, M. Paris et le Président du Sénat, n'ont pas ce jour-là compris la portée de la disposition présentée puisqu'ils crurent ne pas la modi-

dans le Code en 1886, et où l'on peut lire : « A. l'expira-
« tion du délai fixé, le tribunal peut-il reprendre l'examen
« de l'affaire au fond, ou doit-il, s'il en est requis, pro-
« noncer le divorce ? Cette dernière interprétation doit
« être adoptée... Quand, l'épreuve terminée, elles (les
« parties) persistent, le tribunal doit prononcer le divorce...
« Au bout de ce temps (six mois), elle (la décision) doit
« être rendue immédiatement, si une des parties le requiert.
« L'ajournement ne pourrait donc être prononcé plusieurs
« fois. ». La solution à donner au procès réengagé est
donc bien indiquée par les textes. Et dans la réalité, tous
les juges ou presque tous l'ont fort bien appliquée ou
signalée (1) La doctrine n'a pas mis moins d'ensemble
à affirmer, elle aussi, l'obligation pour le juge d'autoriser

fier en proposant de remplacer au besoin les mots « prononcer le
« divorce » par ceux-ci « statuer sur la demande en divorce ». Qu'on
relise le texte entier en faisant le changement et l'on verra que ces
sénateurs auraient ainsi sans y prendre garde supprimé du nombre
des conditions d'exercice du pouvoir de sursis l'établissement de la
demande.

(1) V. Nîmes, 8 juillet 1807 (m.) ; trib. de Péronne, 6 avril 1887 ;
trib. de Liège, 1^{er} mai 1895 ; Liège, 5 février 1896 ; Cass. belge, 3 dé-
cembre 1896 (m.) ; Paris, 20 juillet 1904 (m.) ; Paris, 13 novembre
1905 ; trib. Marseille, 16 décembre 1905 ; trib. Die, 16 avril 1907 ;
Aix, 27 novembre 1907 ; Grenoble, 31 décembre 1907 (m.) ; Cass.
req., 30 novembre 1908 (m.) ; trib. de la Seine, 3 juillet 1909 ; trib.
de Reims, 20 janvier 1911. — *Contra* : Trib. de Sens, 11 février 1904
(infirmé par Paris, 13 novembre 1905). Ce tribunal avait considéré
comme inexistante pour l'applicabilité du sursis la condition de l'éta-
blissement de la demande. V. n° 37. — Trib. de Tarascon, 3 août
1906 (infirmé par Aix précité). V. n° 60 *in fine*. — Trib. de Cler-
mont Ferrand, 7 novembre 1901 (m.) : les juges avaient sur une
demande en séparation de corps imposé par méprise un sursis et n'ont
pu réparer leur erreur qu'en niant les conséquences forcées de celui-ci.

le divorce si, le délai expiré sans réconciliation, l'un des époux le demande (1).

La portée du jugement de sursis n'est pas contestable en effet. Pour reprendre l'expression employée lors des travaux préparatoires du Code civil (v. n^{os} 7 *in fine*, 22 et s.), les juges avaient par le jugement de sursis suspendu les effets des causes de divorce établies devant eux. Mais ils n'avaient pu les paralyser que pour un temps : elles recouvrent toute leur force au terme de l'épreuve inutilement tentée et la délivrance de l'autorisation de divorcer qui normalement aurait été consécutive à la constatation des causes de divorce, devra être faite alors sur la seule présentation du jugement de sursis qui constitue le certificat de leur justification.

91. — On comprend ainsi parfaitement pourquoi les juges, ayant devant eux un jugement de sursis non contesté, n'ont à examiner, en ce qui concerne la permission de divorcer, que deux points : 1^o le point de savoir si le délai de l'épreuve était expiré lors de l'introduction de la demande dont ils sont saisis, puisque le document qui leur est produit n'a son efficacité régulière qu'après le sursis et 2^o si une réconciliation n'est pas survenue dans

(1) V. Jacques de Malleville, *op. cit.*, I, p. 274, ss. 260 ; Frémont, *op. cit.*, n^o 606 ; Depeiges, *op. cit.*, n^o 97, *in fine* ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n^o 309 ; Carpentier, *Loi 1886*, n^o 121 ; *Le div. et la s. de c.*, n^o 2600 ; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 218 ; Baudry-Lacantinerie, Ch. et Ch., *op. cit.*, IV, n^o 143 ; Laurent, *Princ. de Dr. civil*, III, n^o 243 ; Demante et Colmet de Santerre, *C. ann. de C. c.*, 3^e édit., I, n^o 352 *bis*, I ; Huc, *op. cit.*, II, n^o 378, p. 404 ; Planiol, *Tr. élém. de Dr. civil*, 3^e édit., I, 1201. 2^o ; Note de M. Tissier, S. 1909. I. 537 ; Rép. Labori, Vo Div., n^o 223 ; C. c. annoté Sirey, Suppl. par Griffond, ss. 246, n^o 21 ; C. c. annoté Dalloz, ss. 246, n^o 25. s..

l'intervalle compris entre le jugement de sursis et le moment où ils mettent la nouvelle cause en délibéré, puisqu'une réconciliation anéantirait avec les causes mêmes de divorce le jugement qui reconnaît leur existence. Remarquons à ce sujet qu'une réconciliation antérieure au jugement de sursis et qui serait révélée seulement aux nouveaux juges serait sans influence, car elle se heurterait à l'exception de chose jugée, fournie par le jugement de sursis (1). Quant aux faits postérieurs au jugement de sursis, d'où peut résulter la réconciliation faisant obstacle à la délivrance de l'autorisation de divorcer, le tribunal les appréciera souverainement. Tout fait quelconque d'où il pourra induire la réconciliation des époux pourra constituer une fin de non-recevoir à l'exercice du droit dérivant du jugement de sursis. Il n'est pas nécessaire, comme l'a fait observer M. Carpentier (*Traité*, n° 176), que ce soit une réunion véritable, durable, contradictoire de l'état de fait créé par la séparation d'épreuve. Sans doute la situation est plus tranchée que dans une hypothèse ordinaire et des droits ont été reconnus dont l'abandon commun doit revêtir un caractère sérieux et certain ; mais est-ce là exiger plus que dans un cas normal où la renonciation au droit de demander le divorce doit ressortir nettement du fait allégué ? Sans doute aussi l'article 260 disait : « ...si les époux ne se sont pas réunis... » ; mais n'a-t-il pas, par ce mot, voulu faire allusion au fait le plus commun et le plus significatif, englobé aujourd'hui avec tous les autres dans l'expression générale employée plus heureusement par l'article 246 n. : « ...si les époux ne se sont pas réconciliés... » ?

(1) Conf. Carpentier, *Loi 1886*, n° 126 ; *Le div. et la s. de c.* (Rép. Sirey, Fuzier-H., v° Div.), n° 2606.

92. --- En l'absence de toute réconciliation, le tribunal devant lequel a été cité à comparaître l'un des époux par l'autre après l'expiration du délai d'épreuve, devra donc délivrer l'autorisation de divorcer, et cela quelle que soit son opinion présente sur les faits de la cause précédemment portée devant lui, les juges nouveaux pouvant le composer fussent-ils unanimes à penser que le jugement de sursis s'est trompé sur la nature des griefs allégués en les tenant pour établis. Le respect de la chose jugée s'impose à lui.

93. — Quelle que soit aussi l'attitude prise par le défendeur à la nouvelle action, il devra tirer les conséquences du jugement de sursis, ce défendeur fût-il l'époux innocent et fût-il défaut ou s'opposât-il même, par revirement d'esprit et sans motif légal, à l'octroi de la permission de divorcer réclamée par son conjoint coupable. Les termes impératifs de l'article 246 n., alinéa 3, ne laissent aucun doute à cet égard.

94. — Le délai fixé par les juges du sursis aurait-il été très court et se trouverait-on encore dans les six mois du jugement, que le tribunal ne pourrait pas non plus retarder davantage sa décision de divorce en imposant un nouveau délai (1).

95. — Un seul atermoiement serait encore possible, qui n'aurait d'ailleurs pas le caractère d'une épreuve, c'est celui qui résulterait de l'exercice par le tribunal de la faculté que lui reconnaît l'article 247 n., alinéa 1 : Si dans l'instance en délivrance le défendeur originaire a

(1) V. Exposé des motifs de la loi de 1886 ; Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 298 ; Grévin, *op. cit.*, n° 188 ; Poulle, *Rec. div. Smets*, 1887, p. 305 ; Carpentier, *Tr.*, n° 172 ; *Le div. et la sép. de c.* (Rép. S. Fuz.-H., v° Div.), n° 2589.

fait défaut faute de comparaître, comme dans l'instance primitive, si les demandes introductives de toutes deux ne lui ont pas été délivrées à lui en personne, et si le tribunal n'a pas déjà fait application de l'article précité avant de rendre la décision de sursis, le nouveau jugement pourra être remis jusqu'à ce que la publication alors ordonnée d'un avis de la demande formée, ait pu produire effet (1).

96. Au profit de qui le divorce doit-il être « prononcé » ?

— Il n'y a, à ce point de vue, aucun compte à tenir du rôle respectif des parties dans l'instance en délivrance d'autorisation de divorce après sursis. Peu importe celui des époux qui aura demandé et obtenu cette délivrance. Le juge doit prendre uniquement en considération les dispositions du jugement qui a prononcé le sursis et qui est le fondement de la demande (2). Celui des deux époux qui s'y est vu reconnaître la légitimité de son action, doit être désigné comme obtenant le divorce dans l'instance introduite après l'épreuve, bien que la « pronon-
« ciation » du divorce ait pu être provoquée par l'époux coupable. Si le mari et la femme étaient tous deux originairement demandeurs, et si leurs prétentions ont été

(1) Cf. Vraye et Gode, *op. cit.* n° 307. Ces auteurs ajoutent à ce cas, selon nous unique, de l'application de 247, al. 1, en la matière, celui où l'époux originairement demandeur serait défendeur défaillant faute de comparaître dans l'instance en délivrance. Nous croyons, au contraire, pour notre part, que l'article dont s'agit ne vise que le défendeur primitif.

(2) Par où l'on voit la nécessité de motifs et d'un dispositif explicites pour une décision de ce genre. V. n° 59. Le tribunal doit prononcer le divorce « dans le sens qui était déjà arrêté lorsque le sursis a été imposé », dit d'une manière beaucoup trop vague le tribunal de Reims (20 janvier 1911). Arrêté par quoi ? Juridiquement et pratiquement, ce ne peut être que par le jugement de sursis lui-même.

l'une et l'autre jugées alors bien fondées, le divorce sera prononcé, sur l'initiative de l'un d'eux après sursis, à leur profit et à leurs torts respectifs, avec toutes les conséquences de droit (1).

(1) C'est exactement ce qui se passe, depuis la loi du 6 juin 1908, en cas de conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce. — Une situation juridique analogue à celle que nous venons d'examiner se trouve dans le Code civil allemand. En Allemagne l'époux qui a le droit d'agir en divorce peut, au lieu d'agir en divorce, agir en suppression de la communauté de vie conjugale (art. 1575 C. c. allemand). Cet état a tous les caractères de la séparation de corps dont on n'a pas voulu pourtant lui donner le nom. Or « lorsque la suppression de communauté de vie conjugale est « prononcée (ce qui advient quand l'action est fondée et que l'autre « époux n'a pas exigé sa transformation en demande en divorce), « chacun des époux peut, en se basant sur le jugement, requérir le « divorce à moins que la communauté de vie conjugale n'ait été « rétablie après que le jugement a été rendu. Si le divorce est pro- « noncé, l'époux déclaré coupable dans le jugement de suppression « de communauté de vie conjugale doit aussi être déclaré coupable « dans le jugement de divorce » (art. 1576 C. c. all.). Ainsi la justification du divorce et la détermination de culpabilité se trouvent déjà établies avec force de chose jugée par le premier jugement, comme en France par le jugement de sursis ; tout ce qui y a été reconnu s'impose dans le jugement de divorce subséquent. Il est également curieux de noter que d'après l'art. 1576 l'époux qui a obtenu la suppression de communauté de vie conjugale ne peut plus, après la prononciation de ce jugement, enlever par son pardon à l'autre époux le droit d'obtenir la prononciation du divorce ; il faut qu'un accord des deux conjoints soit survenu pour que cette faculté soit refusée. Il faut remarquer toutefois que l'action en prononciation de divorce est soumise en Allemagne aux mêmes règles de procédure que toute action en divorce et comporte notamment un essai de conciliation. On a pu voir aussi, bien entendu, qu'aucun délai d'attente n'est imposé aux époux pour requérir la prononciation du divorce au lieu et place de la suppression de communauté de vie conjugale.

97. Irrecevabilité d'une demande reconventionnelle. —

Dans ces conditions, une question se pose : en présence d'une demande en délivrance émanée de son conjoint, l'époux jusque là uniquement défendeur, estimé coupable par les juges du sursis, peut-il chercher lui-même par voie de conclusions, en alléguant certains faits, à obtenir du tribunal devant lequel de nouveau cité il comparait, la prononciation du divorce à son profit aussi? En d'autres termes, l'époux originairement défendeur peut-il, au cours de l'instance introduite après sursis par l'époux demandeur, former pour la première fois une demande reconventionnelle?

Nous ne le pensons pas. Il ne le peut pas et cela par la raison que l'objet de la demande de l'autre époux n'est plus maintenant que l'application du jugement de sursis et que le tribunal n'est pas maître des effets précis de cette décision. La demande reconventionnelle n'aurait pu s'introduire que parallèlement à la demande principale : or, sur celle-ci, il a été statué au fond par le jugement de sursis (v. n° 23). « L'instance principale étant close, il ne « peut plus être formé de demande reconventionnelle », c'est ainsi que s'est exprimé la Chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 1908, rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Grenoble du 31 décembre 1907 qui confirmait lui-même un jugement du tribunal de Die, du 16 avril 1907. Le tribunal de Marseille s'est prononcé dans le même sens le 16 décembre 1905 : et la jurisprudence rapportée aux recueils se trouverait de la sorte unanime à déclarer la demande reconventionnelle irrecevable comme tardivement formée, si l'on ne trouvait une décision contraire du tribunal de la Seine, en date du 22 mai 1903, où il

apparaît que les juges en décidant que, la première instance fût elle close, une nouvelle instance est ouverte au cours de laquelle peut être proposée une demande reconventionnelle, ne tiennent pas compte de ce que cette nouvelle instance n'a pas le caractère de l'instance principale.

La doctrine a admis la solution que nous adoptons nous-mêmes (1), mais elle a présenté d'autres arguments :

Si, à la suite de MM. Vraye et Gode (*op. cit.*, n° 390), on a fait valoir, comme nous, le dessaisissement du tribunal par le jugement de sursis (2), on a aussi mis en avant la nécessité qu'il y aurait à ne pas troubler la trêve imposée, ce qui est assez peu logique en soi puisque la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle ne se pose qu'après l'expiration de la période d'épreuve.

MM. Vraye et Gode ont également parlé du caractère suspect de la demande reconventionnelle à cette date ; mais cette qualification de principe nous paraît excessive et d'ailleurs sans plus de portée juridique que la précédente considération. Enfin, pour M. Tissier, dans sa note au Sirey, 1909. 1. 538, 3^e colonne, c., l'instance n'est pas close quand les époux reviennent devant le tribunal, mais les débats ne peuvent être rouverts, il n'y a plus qu'à prononcer le jugement. C'est cette seule prononciation qui a fait l'objet d'une remise : donc pas de place pour une demande reconventionnelle. Cette explication serait pour nous précieuse si, en analysant le ca-

(1) V. cependant en sens contraire : Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. cit.*, IV, n° 146.

(2) V. en ce sens, Dalloz Rép. Suppl., v^o Div., n° 239 ; Rép. Labori, eod. v^o, n° 142 ; Pand. fr., eod. v^o, n° 1364.

ractère du jugement de sursis, nous n'avions jugé nécessaire de tenir l'instance principale pour terminée par cette décision (1).

Remarquons en finissant que la question que nous venons de chercher à résoudre ne se posait pas avant 1886. Sous le Code civil et la loi de 1884 en effet, l'époux qui voulait demander, dans les conditions que nous avons dites, la dissolution du mariage à son profit aussi, était forcé de recourir à la procédure ordinaire du divorce, c'est-à-dire de reprendre dès le début une instance semblable à celle qui avait été auparavant dirigée contre lui.

Aujourd'hui d'ailleurs, devant la fin de non-recevoir que nous croyons qui doit lui être opposée malgré la recevabilité ordinaire d'une demande reconventionnelle par simple acte de conclusions (art. 239 n., al. 3), il n'aura que la même ressource et devra procéder par voie indépendante, directe et principale. Cette voie lui est en revanche ouverte dès le jugement de sursis (v. n° 82), sans compter qu'il peut faire appel de cette décision et introduire valablement (art. 248 n. al. 4, C. c.) une demande reconventionnelle devant la cour à qui, par l'effet dévolutif de l'appel, se trouvera soumise toute l'affaire (v. n° 71).

98. Transformation de la demande en divorce en demande en séparation. — Une autre difficulté que soulève l'article 246 n. ne se présentait pas, tout au moins avec la même complexité, lorsque les articles 259 et 260 étaient

(1) Et si d'ailleurs elle pouvait se concilier sans difficulté avec la nécessité de l'examen ou la possibilité d'une discussion de la validité de la citation, de l'exception de réconciliation et des mesures accessoires.

en vigueur. Elle concerne, celle-ci, l'époux originairement demandeur.

Il peut se faire qu'un époux, après avoir tout d'abord demandé le divorce, change d'avis pendant le litige et veuille obtenir la séparation de corps seulement. Alors qu'avant 1886 cette modification n'était permise qu'au prix d'un long détour et que l'époux, après s'être engagé dans l'une des deux voies qui lui étaient ouvertes, devait revenir en arrière et recommencer tout, l'article 239 n., alinéa 2, lui permet aujourd'hui de transformer « en tout « état de cause » et par un simple acte de conclusions sa demande en divorce en demande en séparation. Il s'agit dès lors en notre matière de savoir si l'époux originairement demandeur peut se prévaloir de cette disposition au cours de l'instance en délivrance introduite après sursis.

Il apparaît aussitôt que dans le système exposé par M. Tissier sur l'institution du sursis, une telle attitude serait absolument impossible : les débats sont clos et il n'y a plus qu'à prononcer le jugement ; pas plus de place ici pour une transformation de demande qu'on n'en trouvait pour une demande reconventionnelle. L'identité des deux solutions s'impose logiquement.

Pour nous, au contraire, une nouvelle instance est ouverte où l'on produit un jugement de sursis qui constitue la preuve judiciaire de l'existence de causes de divorce : or, d'après l'article 306, Code civil, les causes sont les mêmes pour le divorce et pour la séparation ; il doit donc être permis à l'époux demandeur de se prévaloir du certificat authentique qui lui a été délivré de la justification de ses griefs, aussi bien aux fins de séparation

qu'aux fins de divorce (1). Il importe cependant de ne pas oublier que depuis 1886 l'époux originairement défendeur se voit conférer du fait du jugement de sursis le droit d'obtenir par lui-même la prononciation du divorce à l'expiration du temps d'épreuve, en dépit de toutes les protestations de son conjoint non fondées sur une réconciliation ; d'où il suit que le demandeur ne pourra agir conformément à l'article 239 n° 2, qu'en l'absence de toute opposition de sa part.

C'est ainsi qu'avec son consentement exprès ou tacite, il pourra obtenir des juges par la prononciation de la séparation de corps une prolongation du temps d'épreuve qui leur avait été primitivement imposé. Cette épreuve acceptée différera d'ailleurs de la précédente à tous les points de vue que nous avons signalés en étudiant les mesures provisoires prises par les juges du sursis (v. nos 42 et s.). Et si la conversion de la séparation de corps peut être demandée et obtenue obligatoirement (loi du 6 juin 1908) par l'un ou l'autre des époux à l'expiration d'un certain délai (3 ans), comme la « prononciation » du divorce pouvait l'être, le sursis écoulé, le point de départ de ce nouveau délai ne saurait être reporté à celui d'où le jugement de sursis a fait courir le premier et il sera fixé suivant les règles établies en matière de conversion, c'est-à-dire au jour où la décision de séparation de corps sera devenue définitive (2).

Sous la face où elle vient d'être étudiée, la question ne se présente que depuis la loi de 1886, nous l'avons fait

(1) La même solution est admise par MM. Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 460 ; v. également Coulon, *op. cit.*, IV. p. 155 ; *Pand. fr. Rép.* v° Div., n° 2100

(2) Conf. Vraye et Gode, *op. cit.*, n° 468.

remarquer. Mais pour les périodes antérieures à cette loi comme pour aujourd'hui, elle doit sous un autre aspect recevoir une solution analogue : le demandeur originaire peut introduire sa demande en transformation par voie de citation consécutive au jugement de sursis sans attendre l'expiration du délai d'épreuve, puisqu'en matière de séparation de corps, le sursis n'existe pas (v. n° 31), et obtenir ce qu'il demande, avec l'agrément du défendeur depuis 1886 (1).

99. Mesures accessoires. — Reprenons maintenant l'hypothèse d'une demande en délivrance de l'autorisation de divorcer formée et poursuivie par l'un des époux après l'expiration du délai d'épreuve et en l'absence de toute réconciliation. Le juge, nous venons de le voir, doit délivrer l'autorisation de divorcer et dire, d'après le jugement de sursis, au profit de qui la rupture légale sera réalisée. Mais sa mission n'est pas terminée.

Restent tout d'abord les mesures accessoires sur lesquelles, s'il en est requis, il doit statuer, ou qu'il pourra prendre d'office si elles lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants (art. 240 n., al. 1). Les mesures provisoires prises par les juges du sursis ou pendant l'épreuve ont perdu leur autorité au terme du délai (v. n° 85). Mais d'autres ont pu être ordonnées depuis l'introduction de la nouvelle instance, qu'il s'agit de confirmer, de modifier ou de supprimer. Le tribunal s'acquittera de ce soin selon les règles ordinaires en la matière. Disons seulement en ce qui concerne la rente ayant pu être allouée, sous le nom de provision alimentaire, en vertu de l'article 212, Code civil, qu'elle ne saurait être maintenue ni

(1) Conf. les auteurs précités.

sous ce nom, puisqu'elle cessera d'être provisoire, ni à ce titre, puisque, le mariage étant détruit, le devoir de secours cesse ; l'époux qui aura été condamné à la servir jusque là, ne pourra se voir obliger à la continuer que par application de l'article 301 Code civil, c'est-à-dire que s'il a été seul reconnu coupable (1).

100. Dépens. — Le jugement après sursis doit aussi et pour finir, régler la question des dépens de l'instance en délivrance. Rappelons que l'attribution des frais de la première instance a dû être faite par le jugement de sursis qui l'a close (v. n° 61). Aucune difficulté ne nous paraît s'élever ici.

Si le divorce est autorisé, les dépens doivent être mis en principe à la charge de la partie qui a créé les causes du divorce, qu'elle soit défenderesse à la demande en délivrance ou qu'elle y soit demanderesse : en ce dernier cas la solution s'impose même si l'époux innocent s'est opposé sans succès à l'octroi de la permission, car si cet

(1) N'est à signaler dans la jurisprudence recueillie qu'un jugement du tribunal de Châtillon-sur-Seine, en date du 13 juillet 1909, qui nous paraît avoir méconnu les principes existants. Ce tribunal saisi à nouveau après sursis a déclaré irrecevables toutes autres conclusions que celles touchant la délivrance de l'autorisation de divorce et en a donné pour raison que le jugement de sursis était indivisible et demeurerait acquis dans son entier aux époux qui ne pouvaient dès lors en demander la modification dans ses parties accessoires. Les conclusions posées devant le tribunal avaient eu pour objet la rente alimentaire allouée par le jugement de sursis et on peut penser, pour s'expliquer leur rjet étrange, que les juges, trop séduits par une ressemblance apparente du jugement après sursis avec un jugement de conversion, se sont imprudemment inspirés du texte nouveau de l'article 310, al. 3, aux termes duquel « les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tous cas leur effet ».

époux outragé n'avait pas antérieurement introduit contre son conjoint une demande en divorce, serait-il permis à ce dernier d'obtenir la rupture du lien matrimonial ? Assurément non ! Il est donc impossible de considérer comme perdant dans l'instance après sursis le défendeur originairement demandeur, puisque cette instance n'est qu'une suite et qu'une conséquence de celle dans laquelle il a lui-même vu reconnaître la légitimité de son action.

Que si, au contraire, une fin de non-recevoir opposable à la demande en délivrance est jugée existante par le tribunal, l'époux demandeur, qui succombe, devra être condamné aux dépens.

L'article 131 Code procédure (compensation des dépens) pourra, bien entendu, s'appliquer ici comme dans le jugement de sursis.

101 Voies de recours contre le jugement après sursis
— Le jugement après sursis est susceptible des voies de recours ordinaires. Sur l'opposition, rien de spécial n'est à dire. Mais l'appel doit, lui, retenir notre attention, car si le principe de la possibilité de l'appel d'un tel jugement n'a jamais été contesté, l'effet de cette voie de recours a donné lieu à d'importants débats judiciaires.

La question cependant peut être posée simplement : comme en vertu de la règle : « *Tantum devolutum quantum appellatum* », l'appel ne peut remettre en discussion que ce qui a été jugé dans la décision attaquée, la cause ne pourra se présenter devant la cour que dans l'état où elle se trouvait devant les juges saisis après l'épreuve. Or, nous venons de voir quel était pour le tribunal le terrain du débat après le sursis ; il nous est ainsi facile de nous rendre compte de ce qui pourra se produire en appel.

Les seuls points qui pourront être examinés par les conseillers substitués aux juges ne seront toujours que ceux de savoir si le retour devant le tribunal après sursis s'est effectué dans les conditions déterminées par la loi, si aucune réconciliation n'est intervenue entre les époux et si des mesures accessoires doivent être prises pour l'avenir. Pas plus que les magistrats du premier degré, les magistrats supérieurs ne peuvent « reprendre l'examen de l'affaire au « fond » (exposé des motifs de la loi de 1886). L'instance sur les causes de divorce, l'instance principale est close par le jugement de sursis, et l'autorité de la chose jugée dont est revêtu ce jugement doit être respectée par la cour à laquelle il n'est pas déféré (1).

Il en résulte encore qu'une demande reconventionnelle, non recevable, nous l'avons vu (n° 97), devant les juges après sursis, ne saurait davantage être portée valablement devant la cour saisie de l'appel d'un jugement rendu après un jugement de sursis non contesté. On objecterait en vain les termes généraux de l'article 248 n., alinéa 4 : « les « demandes reconventionnelles peuvent se produire en « appel », car cette disposition n'a pas la portée qu'on voudrait ainsi lui donner. La loi de 1886 n'a abordé cette question des demandes reconventionnelles possibles en

(1) V., en ce sens, cour d'Agen, 3 mai 1909 : « La Cour n'aurait « qualité pour statuer sur la valeur des griefs allégués à l'appui de la « demande en divorce que si les deux jugements lui avaient été dé- « férés ; aucun appel n'ayant été relevé contre le jugement de sursis, « et le sieur M... reconnaissant qu'aucune réconciliation ne s'est pro- « duite, la Cour ne peut que confirmer le jugement du ... (le juge- « ment après sursis), qui seul lui est soumis et qui est la conséquence « normale de la décision du ., (jugement de sursis) devenue aujour- « d'hui définitive. »

appel qu'à propos de la question, alors fort discutée, de savoir si c'étaient là des demandes nouvelles. L'article 248 n. alinéa 4, répondant par la négative, a étendu (et cela résulte des travaux préparatoires) à la procédure d'appel toutes les règles régissant en première instance la demande reconventionnelle, mais sans créer pour l'appel des règles spéciales la rendant recevable alors qu'elle ne l'était pas en première instance. Il n'a transgressé en rien les principes généraux de l'appel qui placent devant les magistrats de la cour les parties dans une situation exactement symétrique à celle qu'elles avaient en première instance. Lors du jugement après sursis, la demande reconventionnelle était irrecevable, elle reste irrecevable devant la cour.

Ne peuvent nier cette inévitable solution que ceux qui, refusant aux parties le droit d'appeler du jugement de sursis parce que selon eux il ne statue pas sur le fond, considèrent la cour d'appel, à qui est déféré un jugement après sursis, comme saisie de toute l'affaire par l'effet dévolatif.

La cour d'Aix a statué en ce sens le 22 mai 1906 : elle a déclaré une demande reconventionnelle recevable en appel du jugement après sursis parce que cette décision « statue sur le fond » ; mais elle a affirmé en même temps que pour ce faire elle n'avait pas besoin de se prononcer sur la recevabilité de l'appel du jugement de sursis, ne semblant pas se douter qu'elle tranchait ainsi cette question dans le sens négatif. En effet : pour qu'une demande reconventionnelle soit recevable en première instance, partant en appel, il faut qu'elle se greffe sur une demande principale. Si donc on la considère ici comme recevable, il faut qu'il n'ait pas encore été statué au fond sur cette demande. Dès lors, le jugement de sursis ne statuant pas

au fond sur les causes de divorce n'est pas susceptible d'un appel indépendant.

Nous avons voulu prouver par l'ensemble des explications qui précèdent que la solution contraire était la bonne et c'est à celle-ci d'ailleurs qu'après avoir approuvé la théorie de la cour d'Aix, le 22 avril 1907, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation s'est finalement ralliée, le 30 novembre 1908 : elle a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Grenoble du 31 décembre 1907, fondé sur le système que nous avons adopté.

102. Date des effets d'un divorce après sursis. — Les effets d'un divorce ne se réalisent pas à un moment unique et, si le principal a été fixé au jour de la transcription, la loi de 1886 en a indiqué un autre auquel ils doivent remonter pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux, c'est celui de la « demande » (art. 252 n. al. 5).

Que faut-il entendre par ce mot et qu'en faut-il conclure en notre matière, c'est-à-dire lorsque le divorce a été prononcé à la suite et comme conséquence d'un jugement de sursis ? Etant donné les motifs de la loi (enlever aux époux la faculté de modifier par divers agissements le patrimoine de la communauté qu'ils savent pouvoir être dissoute par un divorce plus ou moins vite obtenu), c'est, à n'en pas douter, le jour de la demande originale, d'une manière plus précise le jour où le premier exploit contenant assignation à comparaître devant le tribunal a été signifié à l'un des conjoints. C'est à cette date et non à celle où a été délivrée la demande introductive de l'instance après sursis que devra être reportée, relativement aux époux, la dissolution de la communauté.

CHAPITRE VIII

LÉGISLATION COMPARÉE. PROPOSITIONS DE TEXTES NOUVEAUX. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

103. — **Législation comparée.** — Comme la loi française, les législations étrangères qui admettent le divorce ne manquent pas, en général, de donner au juge appelé à statuer sur une demande en divorce formée par l'un des époux contre l'autre ou réciproquement par les deux, le pouvoir de soumettre le mari et la femme à l'épreuve d'une séparation temporaire, quand il lui paraît du moins que tout espoir de réconciliation n'est pas perdu.

Ce pouvoir a été organisé de plusieurs manières différentes (1).

104. — I. — **Sursis au divorce.** — Tout d'abord, le pouvoir desursis, tel que l'avait organisé le Code civil se retrouve dans deux pays dont les territoires réunis à la République

(1) V. à ce sujet dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, p. 441. s., le rapport présenté par M. Tissier, au nom de la Commission chargée d'étudier la question de l'extension des causes du divorce. Nous donnerons au n° 417 la proposition de réforme à laquelle il conclut.

Française dès avant la paix d'Amiens (1802) reçurent le Code à sa promulgation comme la France propre : la Belgique et le Luxembourg. Les articles 259 et 260 y sont toujours en vigueur.

De même le Code civil qui s'applique en Roumanie depuis le 1^{er} décembre 1865 et qui est en grande partie imité du Code français a reproduit dans son article 241 le système établi sous le Consulat, avec cette différence, cependant, qu'il a conféré aussi le pouvoir de sursis aux juges du second degré.

On peut lire enfin dans l'ordonnance rendue le 3 juillet 1907 par le prince de Monaco un article 17 qui serait le calque exact de l'article 246 n., si l'on n'y avait porté de six mois à un an le délai maximum du sursis et si l'on n'avait excepté des cas d'application possible de la mesure non seulement celui d'une condamnation à une peine afflictive et infamante de l'autre conjoint, mais aussi celui d'une maladie mentale.

105. — II. — Séparation de corps temporaire. — Mais à côté de ce système qui consiste à donner au juge le pouvoir de suspendre pendant quelques mois l'effet de causes de divorce établies devant lui, on peut en concevoir un autre qui : 1^o permettrait au juge (ou lui imposerait au besoin) non de suspendre mais de modifier l'effet de ces causes et de ne prononcer en leur présence qu'une séparation de corps ; 2^o laisserait dans ce cas les époux libres de former une nouvelle demande en divorce au bout d'un temps déterminé.

On se rappellera que c'était là le fond du projet de M. Boulay au Conseil d'Etat en 1801 (v. n^o 6) et qu'au Sénat, en 1884, M. Eymard Duvernay reprit sans plus de succès la même idée (v. n^o 12).

Cette conception est celle des législations hongroise et suisse (1).

106. Hongrie. — L'article 99 de la loi matrimoniale hongroise de 1894, (sanctionnée le 9 décembre et promulguée le 18 décembre 1894 ; mise en vigueur le 1^{er} octobre 1895), dispose : Au cas des articles 76, 78, et 79 « (76 : adultère, acte impudique contre nature ou bigamie « consciente. 78 — : attentat à la vie ou sévices graves de « nature à mettre en danger la personne ou la santé de « l'autre époux. 79 — : condamnation à mort ou à cinq ans « au moins de réclusion ou de travaux forcés, à moins « que le crime ne soit antérieur au mariage et que l'autre « époux n'en ait eu connaissance dès cette époque.), le « juge devra en principe, pour tenter la réconciliation « avant de prononcer le divorce, ordonner la séparation « provisoire de lit et de table des époux. — La séparation « provisoire de lit et de table ne pourra être omise que « dans le cas où il n'y aurait absolument aucun espoir de « réconciliation des deux époux. — Au cas prévus à l'article « 80, (art. 80 : lorsque l'autre époux a manqué gravement « et intentionnellement par sa conduite aux obligations « résultant du mariage, hors des cas prévus aux articles « 76 et 78 ; a entraîné ou tenté d'entraîner des enfants appartenant à la famille de son conjoint à commettre un « acte punissable ou à mener une vie dissolue ; s'obstine

(1) On la retrouverait aussi dans presque tous les Etats-Unis d'Amérique : d'après M. Lehr (*Le mariage, le div. et la s. de c. dans les principaux pays civilisés*, 1899, n° 440), les tribunaux de la plupart d'entre eux ont le droit de prononcer, au lieu du divorce, une séparation de corps temporaire. Dans le Maine spécialement, le divorce ne peut être définitivement prononcé qu'un an au moins après que les époux ont été séparés de corps.

« à mener une vie dissolue ; a été condamné après la célé-
« bration du mariage aux travaux forcés ou à la réclusion
« pour moins de cinq ans ou à l'emprisonnement pour délit
« de cupidité. Dans les cas qui précèdent, le divorce ne
« sera prononcé que si le juge, prenant en considération
« attentive la personne des époux et leurs conditions de
« vie, vient à se convaincre qu'à raison de quelque'une
« des causes ci-dessus, le lien conjugal est brisé au point
« de rendre la continuation de la vie commune intolérable
« au demandeur en divorce), la séparation provisoire de
« lit et de table sera toujours ordonnée. — La séparation
« provisoire de lit et de table ne pourra être prononcée
« ni renouvelée pour moins de six mois ni pour plus
« d'un an. Elle pourra toutefois être fixée à une
« durée plus longue sur la demande des deux
« époux. » En vertu de l'article 100, si durant la période
de séparation, les époux reprennent la vie commune ou
si, dans les trois mois qui suivent l'expiration de cette
période, aucun d'eux ne demande le divorce, le divorce
ne peut plus être demandé pour les raisons qui avaient
été invoquées au procès (1).

107. Loi fédérale suisse du 24 décembre 1874. — Code civil suisse. — L'article 47 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 permettait au juge saisi d'une demande en divorce par un des époux de ne prononcer que la séparation de corps. Cette séparation ne pouvait être prononcée pour plus de deux ans. Si, pendant ce laps de temps, il n'y avait pas réconciliation entre les époux, la demande en divorce pouvait être renouvelée et le tri-

(1) V. *Annales de législ. étrang.*, 1895, p. 371 et 373. — Lehr, *op. cit.*, n° 251.

bunal prononçait alors librement d'après sa conviction. Tout ce système ne pouvait d'ailleurs fonctionner que dans le seul cas visé par l'article 47, c'est-à-dire au cas où il n'existait aucune des causes de divorce spécifiées par les articles précédents (art. 45 : au cas de demandes réciproques en divorce s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage. — art. 46 : adultère connu depuis moins de six mois ; attentat à la vie, sévices ou injures graves ; condamnation à une peine infamante ; abandon malicieux ; aliénation mentale durant depuis trois ans et incurable.) et que cependant il résultait des circonstances que le lien conjugal était profondément atteint (cause générale indéterminée).

108. — Cette option laissée dans cette limite au juge lui a été donnée plus largement par le nouveau Code civil suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912. Le professeur Eugène Huber déclarait dans l'exposé des motifs de l'avant-projet rédigé par ses soins (édit. française, p. 125) : « ... contrairement à notre législation qui exclut cette « alternative hors les cas prévus à l'article 47, le juge « pourra prononcer la séparation de corps, quelle que « soit la cause de divorce invoquée... Aucune cause de « divorce ne donne donc droit au divorce forcé, tant « que le juge considère la réconciliation des époux « comme possible. ».

Cette innovation n'est d'ailleurs pas la seule. Les articles 146, 147 et 148 du Code ont en effet disposé ce qui suit :

Art. 146 (169 et 170 de l'avant-projet de 1900 ; 153 du projet du Conseil fédéral de 1904) : « Le juge est tenu, « lorsqu'une cause de divorce est établie, de prononcer

« le divorce ou la séparation de corps. -- Il ne peut pro-
« noncer le divorce, si l'action ne tend qu'à la séparation
« de corps. — Lorsque l'action tend au divorce, la sépa-
« ration de corps ne peut être prononcée que si la récon-
« ciliation des époux paraît probable. »

Art. 147 (171 de l'avant-projet; 154 du projet) : « La
« séparation de corps est prononcée pour une durée d'un
« an à trois ans ou pour un temps indéterminé. — Elle
« cesse de plein droit après l'expiration du délai fixé,
« mais l'une des parties peut demander le divorce si une
« réconciliation n'est pas intervenue. — Chacun des
« époux a le droit, lorsque la séparation de corps pro-
« noncée pour un temps indéterminé a duré trois ans et
« qu'une réconciliation n'est pas intervenue, de demander
« le divorce ou la fin de la séparation. »

Art. 148 (171, al. 1, de l'avant-projet; 155 du projet) :
« Après l'expiration du temps fixé pour la séparation,
« ou après trois ans dans le cas de séparation pour un
« temps indéterminé, le divorce, même demandé par un
« seul des époux, doit être prononcé, à moins que les
« faits justificatifs de l'action ne soient exclusivement à
« la charge du demandeur. — Le divorce sera toujours
« prononcé, même dans ce dernier cas, si l'autre époux
« se refuse à reprendre la vie commune. — Le jugement
« sera rendu en considération des faits établis au cours
« de l'instance précédente et de ceux survenus depuis. »

On voit en quoi le Code s'écarte du droit antérieur. Non seulement le juge peut, comme le faisait prévoir M. Huber, prononcer la séparation de corps aux lieu et place du divorce qu'on lui demande, quelle que soit la cause de divorce établie devant lui, mais ses pouvoirs sont en l'occurrence différents de ceux d'autrefois. Tout

d'abord on a spécifié une condition à cette substitution : il faut que la réconciliation des époux paraisse probable. D'autre part, alors que, sous la loi de 1874, cette séparation d'épreuve ne pouvait être prononcée pour plus de deux ans, elle peut l'être aujourd'hui pour une durée de un à trois ans : une limite minimum est fixée et la limite maximum est tracée une année plus loin qu'avant. A la différence aussi de la loi fédérale, le Code permet au juge d'imposer la séparation pour un temps indéterminé ; il est vrai qu'en ce cas l'un ou l'autre des époux, désireux de se rendre libre, peut requérir au bout de trois ans une nouvelle décision du juge. Sous l'ancienne législation la demande en divorce pouvait être renouvelée au bout de deux ans, mais le tribunal prononçait alors librement d'après sa conviction, tandis que dans le droit actuel le juge doit suivre les règles strictes de l'article 148, d'où il résulte d'ailleurs que le divorce devra être le plus souvent prononcé (1).

109. — Avant de terminer l'étude des institutions suisses en notre matière, une constatation est à faire. Le projet primitif contenait une disposition d'après laquelle, une fois l'action en divorce introduite, le juge pouvait, de son chef, prononcer en tout état de cause le renvoi des débats à deux ans au plus, lorsqu'il y avait quelque perspective que les époux se réconciliasent dans l'intervalle. « Ce texte ne fut point adopté, lit-on dans l'exposé « des motifs de l'avant-projet (édit. franç., p. 126), parce « qu'il empiétait sur la procédure civile des cantons et « qu'il aurait été incompatible avec le rôle assigné au « juge par plusieurs lois cantonales. ». C'est dès lors aux

(1) Conf. Rossel et Mentha, *Manuel de Droit civil suisse*, t. I, p. 216 et 217.

cantons qu'il incombera, en réformant leur procédure du divorce, d'y introduire, s'il leur plaît, une mesure de ce genre.

110. — III. — **Suspension de procédure.** — On peut en effet, et c'est un troisième système, imaginer un moyen de procédure qui permettrait d'imposer aux parties un délai d'attente et de réflexion avant que le juge ait eu à reconnaître l'existence des griefs invoqués.

Un sursis de cette sorte aura d'ailleurs son maximum d'efficacité lorsqu'il sera prononcé dès le début du procès. « Une suspension des hostilités, écrit M. Tissier (*op. cit.*, « v. note n° 103), est plus susceptible de conduire à la « paix si elle intervient alors que les débats n'ont pas « encore aggravé la portée des griefs, que si on l'ordonne « lorsque les époux sont sous l'impression de la lutte « judiciaire qui s'est déroulée sous forme d'enquêtes, de « contre-enquêtes, suivies de plaidoiries longues et passonnées. ».

Le droit allemand et le droit belge en donnent chacun un exemple différent. En Allemagne, la suspension de procédure peut se produire pendant le cours de l'instance proprement dite. En Belgique, elle est organisée dès le préliminaire de conciliation (1).

111. **Article 620 du Code de procédure allemand.** — Dans le cas où une demande en divorce est formée en vertu de l'article 1568 du Code civil allemand, (art. 1568, C. c. allemand : Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage, ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si pro-

(1) Cette mesure, qui date en Belgique de 1905, y coexiste avec l'institution du sursis qui remonte au Code civil.

fond du rapport conjugal, que le maintien du mariage ne peut être exigé du premier. De sérieux sévices sont également réputés violation grave des devoirs), l'article 620, alinéa 1, proposition 2, du Code de procédure, ordonne au juge de suspendre d'office la procédure si l'espoir d'une réconciliation des époux n'apparaît pas comme perdu.

Cette suspension ne peut être imposée qu'une fois et pour deux ans au plus.

Sur ce point, l'article 620, alinéa 1, prop. 2, a remplacé, lors de la révision de 1898, l'article 580 de l'ancien Code de 1877, aux termes duquel le tribunal pouvait ordonner d'office la suspension de la procédure sur une demande en divorce, s'il était d'avis qu'une réconciliation des parties n'était pas impossible. La suspension ordonnée en vertu de cette disposition ne pouvait l'être qu'une fois dans le cours du procès et sa durée ne pouvait dépasser le terme d'un an. D'autre part, d'après le même article, il n'y avait pas lieu à suspension si le divorce était demandé pour cause d'adultère.

On voit facilement les innovations de l'article 620, alinéa 1, prop. 2. Selon 580, le juge pouvait surseoir d'office si une réconciliation lui paraissait possible; selon 620 il y est obligé, si tout espoir d'une réconciliation ne lui paraît pas perdu (ce qui est aussi plus compréhensif). D'après 580, sauf au cas où le divorce était demandé pour adultère, la suspension était possible quelle que fût la cause invoquée; d'après 620, elle n'a lieu que si l'action est fondée sur l'article 1568, Code civil. En vertu de 580, enfin, sa durée ne pouvait dépasser le terme d'un an, tandis qu'aujourd'hui elle peut atteindre deux années (1).

(1) L'article 620, dans sa première proposition, contient également

L'article 380 avait été lui-même inspiré à ses rédacteurs par certaines dispositions du Landrecht prussien. D'après ce code, en effet, lorsque, dans les cas d'une gravité moyenne, le juge avait cru percevoir les signes d'un rapprochement possible, il devait surseoir à la prononciation du jugement pendant quelque temps, une année au plus, sauf à permettre aux époux de vivre séparés pendant ce temps et ne procéder à la prononciation qu'après une nouvelle tentative de conciliation reconnue infructueuse (art. 727 à 730).

112. — Si l'on ne trouve aujourd'hui que dans le Code de procédure une disposition organisant une période d'épreuve pour les époux en instance de divorce, ce n'est pas qu'au cours des travaux préparatoires du Code civil allemand, on n'ait songé à en introduire une dans ce Code : dans sa forme primitive, sa « 1^{re} lecture » de 1888, le projet du Code civil renfermait un chapitre intitulé : Divorce et Séparation de corps, où il considérait certaines causes de divorce comme simplement relatives (c'est la terminologie qu'avaient employée des rédacteurs du Code civil français), en ce sens que tout d'abord elles ne pouvaient justifier qu'une demande en séparation de corps et que le juge ne devait prononcer immédiatement le divorce que si, vu l'exceptionnelle gravité des faits, il avait la certitude que les relations des époux étaient à jamais compromises. Si le juge estimait devoir n'accorder que la séparation de corps, il en fixait la durée à deux ans au

une règle de droit nouveau : il y est dit que si, au cours d'un procès en divorce, le demandeur sollicite la suspension de la procédure, le tribunal ne pourra admettre le divorce avant que la suspension n'ait eu lieu ; ce qui le laisse libre de repousser immédiatement la demande en divorce sans faire droit à la demande de suspension.

maximum (art. 1444) ; au bout de cette période, le divorce pouvait être demandé par voie d'action nouvelle (art. 1445), s'il n'y avait point eu de pardon dans l'intervalle (art. 1446). Le projet admettait ainsi la séparation de corps comme épreuve du divorce et adoptait le « deuxième système » (v. n° 105). Mais l'économie de ces dispositions fut profondément modifiée dans la « 2^e lecture » du projet publiée à la fin de 1894 : on y effaça toute trace de l'institution de la séparation de corps-épreuve et on prévint simplement, en vue d'y suppléer, la possibilité pour le juge de suspendre pendant un certain temps l'action en divorce, s'il y avait lieu d'espérer une réconciliation des époux. Ceci même fut passé sous silence dans le texte définitif du Code civil, publié en 1896, et c'est la réfection du Code de procédure civile qui l'a fait réapparaître.

113. Article 240 nouveau du Code civil belge (Loi du 11 février 1905). — Aux termes de l'article 240 du Code civil belge, dans les trois jours qui suivaient la comparution sans réconciliation des parties devant le président, celui-ci faisait rapport au tribunal qui, après avoir entendu le ministère public, accordait ou suspendait la permission de citer. Le délai de suspension de cette permission ne pouvait excéder vingt jours (1).

La loi du 11 février 1905, qui a apporté diverses modifications à la procédure en matière de divorce, a remplacé l'article 240 du Code civil par la disposition suivante : « Dans les trois jours le président adressera aux parties

(1) En France, c'est au président que, depuis 1886, appartient dans les mêmes limites le pouvoir de suspendre la permission de citer (art. 238 n., al. 6).

« copie de son ordonnance et fixera au bas de celle-ci le
 « jour et l'heure où la demande sera soumise au tribunal
 « en chambre du conseil. Après avoir entendu le
 « rapport du président ou du juge qui en aura fait les
 « fonctions, et sur les conclusions du ministère public,
 « le tribunal fixera le délai pendant lequel sera suspendue
 « la permission de citer. Les parties seront entendues si
 « elles le demandent. Le délai sera de six mois : il
 « prendra cours à partir de la date de l'ordonnance de
 « renvoi devant le tribunal. Dans des circonstances
 « graves et exceptionnelles, il pourra être réduit à deux
 « mois. » (1).

114. — Nous ne croyons pas inutile ici de résumer la genèse de l'article 240 nouveau.

Le Code civil en Belgique, comme en France avant 1886, soustrayait les enquêtes en divorce aux règles du Code de procédure civile et voulait qu'elle se poursuivissent non devant un juge commis, mais devant le tribunal astreint à en dresser procès-verbal.

Depuis longtemps on avait signalé les inconvénients et l'inutilité de cette exigence et exprimé le regret de voir des chambres entières d'un tribunal occupées des soins et des

(1) V. sur cette loi : *Annales de législation étrangère*, 1905, p. 294 et p. 296 s. (références au *Moniteur belge* pour les travaux préparatoires). — V. Kinon, Commentaire de la loi. *Journal des tribunaux belges*, nos 1971 (16 mars 1905) à 1974 (26 mars 1905). — Servais, avocat général de la Cour d'appel de Bruxelles, Loi belge du 11 février 1905, *Revue trimestrielle*, 1905, p. 613. (Nos explications, dans leur ensemble, sont empruntées à cet article). — Piérard, Div. et s. de c. *J. trib. belges*, 1907, p. 921 s. ; 961 s. — Cloez et Bonjean (*Jurispr. des tr. de 1^{re} inst. Belg.*) 1909, Partie doctrinale, pp. 81 et s. — *Pand. belges*, vo Sép. de c. et div., n° 1257 s.

soucis d'un devoir d'instruction qui peut s'accomplir avec toutes les garanties désirables devant un seul magistrat assisté d'un greffier. La substitution de l'enquête devant un juge commis, à l'enquête devant le tribunal entier, semblait donc s'imposer. Cependant plusieurs projets ou propositions présentés dès 1892 pour réaliser cette réforme échouèrent successivement, le dernier en 1898, au Sénat. Hostile au divorce, la majorité de cette assemblée craignit qu'en accélérant la procédure, le système nouveau ne concédât au divorce des facilités qu'elle entendait lui refuser. Les lenteurs de la procédure du Code civil décourageaient quelquefois les plaideurs en cours d'instance et, sans rechercher quelle pouvait être la situation d'époux dont l'union ne se maintenait qu'à raison des difficultés matérielles d'obtenir une rupture légale, le Sénat écarta un projet qui, en aplanissant ces difficultés, lui paraissait devoir diminuer en proportion les chances d'abandon de l'action. Le mal prit cependant des proportions telles que la nécessité d'y porter remède apparut aux yeux de tous. Une nouvelle proposition de loi fut en 1901 présentée à la Chambre des Représentants et d'autre part une commission spéciale de magistrats et de fonctionnaires du Ministère de la Justice, instituée pour rechercher les mesures propres à assurer la prompt expédition des affaires judiciaires, dût se préoccuper de trouver un moyen de rendre acceptable, par ses adversaires eux-mêmes, la réforme écartée en 1898.

Ce moyen, elle crut le trouver dans l'établissement, au début de la procédure du divorce, d'un temps d'arrêt obligatoire, réductible dans des cas exceptionnels, suffisant en tous cas pour assurer la maturité de la résolution de l'époux demandeur et le garer des entraînements irrés-

fléchis, mais qui n'eût pas le caractère arbitraire, injuste et vexatoire du délai forcé qu'imposaient les lenteurs exagérées de la procédure dans les tribunaux occupés.

Dans le projet qui fut présenté au Parlement belge par le Gouvernement sous l'inspiration de cette commission, c'est lors de la tentative de conciliation, après avoir vainement essayé de rapprocher les époux, que le président, éclairé par leurs explications, leur imposait une période d'attente de six mois, ou réduisait celle-ci sans qu'elle put être inférieure à deux mois, au bout desquels une nouvelle tentative de conciliation devait être faite. Il pourvoyait en même temps aux mesures provisoires relatives à la garde des enfants, à la résidence de la femme ou aux aliments ; il pouvait, pendant le temps de suspension, être saisi de ces questions par l'une des parties ; ses décisions à cet égard étaient sans appel et rendues sans débat public.

A cette période de réflexion et de conciliation, préalable au procès, il était désirable, semblait-il, d'éviter le caractère toujours irritant de débats publics, au cours desquels l'éclat et l'acrimonie des dissentiments des époux pouvaient créer un obstacle à leur réconciliation ou au pardon du demandeur.

Ce système fut cependant vivement combattu à la Chambre des Représentants. On y vit une dérogation insuffisamment justifiée aux règles et aux garanties ordinaires de la procédure contradictoire et publique et l'on finit par repousser complètement ce pouvoir nouveau concédé au juge de statuer, par une sorte de juridiction paternelle et familiale, sur la situation provisoire des époux et des enfants, pendant la suspension obligatoire de l'instance. On laissa aux parties le soin de saisir de ces

difficultés la juridiction compétente, suivant les règles et les formes de droit commun, à savoir, en principe le tribunal, en cas d'urgence le président statuant à l'audience publique des référés, après débat contradictoire et sur assignation.

Ayant ainsi enlevé au magistrat conciliateur le rôle que le projet lui confiait dans le règlement des mesures provisoires, on ne crut pas devoir lui laisser non plus la mission que ce projet lui donnait de déterminer la durée du délai de suspension de la permission de citer. La Chambre en revint au système du Code civil. C'est au tribunal investi de la fonction d'octroyer ce permis de citer qu'on maintint la charge de fixer le terme avant l'expiration duquel il ne pourrait être donné. Facultative pour les juges sous l'empire de 240, Code civil, la suspension de la permission de citer devint obligatoire et le délai qui était laissé à l'appréciation du tribunal sans pouvoir excéder vingt jours, fut transformé en un délai fixe de six mois, réductible seulement dans des circonstances graves et exceptionnelles, sans pouvoir en aucun cas être moindre de deux mois. On supprima également le nouvel essai de rapprochement après la suspension.

Le texte ainsi remanié rencontra l'adhésion du Sénat et le nouvel article 240, conçu dans les termes que nous avons donnés plus haut, fut promulgué. Il se présentait comme une compensation des modifications apportées à la tenue des enquêtes par les autres dispositions de la loi du 11 février 1903.

115. — Commentons le maintenant.

Sous l'ancien article 240, le tribunal statuait sans avoir entendu les parties, sur le rapport du président et les conclusions du ministère public. Le texte ne spécifiait

pas si ce rapport devait être présenté et ces conclusions prises ou en chambre du conseil ou en audience publique, ni comment le jugement était prononcé; mais l'esprit de la disposition commandait, dans l'intérêt des parties, d'écarter la publicité du rapport et des conclusions, et l'on admettait que le jugement lui-même fût prononcé en chambre du conseil (1).

Le texte nouveau admet l'intervention non obligatoire, mais facultative des parties; elles « seront entendues, si « elles le demandent ». Il exprime que la demande « sera « soumise au tribunal en chambre du conseil » et, comme conséquence du débat contradictoire ainsi institué, le jugement doit être prononcé en audience publique; le Ministre de la Justice l'a déclaré, sans contradiction, à la Chambre des Représentants.

Le débat ne peut d'ailleurs se produire qu'entre les parties en personne; c'est intentionnellement que le texte ne mentionne ni leurs conseils ni leurs avoués; ils ne sont pas admis en chambre du conseil. (Déclarations du Ministre de la Justice à la Ch. des Repr.. Séance du 25 nov. 1904. *Moniteur belge*, Ann. parlem., Ch., session 1904-1905, p. 132, col. 1.).

On a vu que le nouvel article porte que le délai de suspension sera de six mois et qu'il pourra, dans des circonstances graves et exceptionnelles, être réduit à deux mois.

M. Victor Kinon (*op. cit.*, J. tr. belges, 1905, n° 1972, § 23) pense que rien dans le texte ne s'oppose à ce que le délai soit réduit à tout autre terme plus long, par exemple à 5, 4 ou 3 mois, pourvu que toute réduction du délai

(1) V. sur ce point : *Belg. jud.*, 1859, tome XVII, p. 1379.

d'épreuve soit subordonnée à l'existence de circonstances graves et exceptionnelles.

Il peut paraître douteux, au contraire, que le texte présente cette élasticité et laisse au juge cette faculté d'appréciation : « Le délai sera de six mois... il pourra être « réduit à deux mois. ».

Toutefois la paraphrase qu'a donnée de ce texte le rapporteur au Sénat prête un solide appui à l'interprétation d'ailleurs rationnelle de M. Kinon. Le rapporteur, M. Braun, s'est exprimé ainsi : «... au lieu d'un terme maximum de vingt jours, le délai pendant lequel le tribunal « est investi du droit de suspendre le permis de citer « sera désormais de six mois, en règle générale, et de « deux mois *au minimum*, à titre exceptionnel. ». (Doc. Sénat, session 1904-1905, p. 36, col. 1.).

Les circonstances graves et exceptionnelles, qui seules peuvent autoriser cette réduction doivent être exprimées dans le jugement. La question a été soulevée à la Chambre des Représentants le 25 novembre 1904, par M. Wæste, en ces termes : « Je comprends cette disposition en ce « sens que la décision qui interviendra devra, en cas de « réduction, viser et spécialiser ces circonstances graves « et exceptionnelles... Je pense que c'est bien la pensée « de la disposition proposée par l'honorable ministre, « mais je voudrais, pour qu'aucune équivoque ne puisse « se produire à cet égard dans l'avenir, qu'il veuille bien « s'en expliquer. ». L'accord du ministre, ainsi sollicité, a été obtenu. (Ann. parlem. Ch. 1904-1905, p. 132, col. 2.)

Dans l'élaboration de la loi, on a été amené à indiquer quelques exemples de ces circonstances graves et exceptionnelles, c'est-à-dire exceptionnellement graves, don-

nant la conviction qu'après un délai inférieur à six mois, tout espoir de rapprochement entre les époux doit être considéré comme perdu. On a cité, tout en réservant le droit d'appréciation des juges suivant les circonstances particulières de chaque espèce, l'époux dont l'adultère a été « quasi public », l'époux qui retombe après un généreux pardon, l'époux condamné en correctionnelle pour adultère, le cas où l'un des conjoints aurait attenté à la vie de l'autre, le cas d'un époux condamné à mort ou aux travaux forcés.

Il a été déclaré par le Ministre de la Justice que la décision du tribunal relative au permis de citer n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel. (Sénat, séance du 8 février 1903. Ann. parlem., Sénat, 1904-1903, p. 193, col. 2.).

La comparution des parties n'étant que facultative, on ne voit pas comment l'une d'elles pourrait trouver un grief dans son défaut de comparaître.

La question est plus délicate en ce qui concerne l'appel. Sans doute, malgré le dissentiment d'un arrêt de la cour de Bruxelles (3 juin 1854. Pasirisie, 1854. 2. 354), la doctrine admettait que le jugement de permis de citer, sous l'empire de l'ancien article 240, n'était pas susceptible d'appel et, de fait, il n'apparaît pas que jamais pareil appel ait été interjeté isolément d'un tel jugement. Mais nous avons noté déjà le caractère que le débat contradictoire, institué par le nouvel article 240, imprime à la décision qui s'ensuit ; le tribunal y apprécie le degré de gravité des circonstances exceptionnelles invoquées pour admettre ou refuser la réduction du délai de suspension ; il statue dès lors en réalité sur une véritable contestation : il paraît donc difficile de considérer, d'après les principes

admis en la matière, la décision tranchant ce débat comme étant de nature gracieuse et l'on peut se demander si, pour la soustraire à la règle générale de l'appel, une disposition expresse n'eût pas été nécessaire, alors qu'il faut se contenter d'une déclaration ministérielle.

A l'expiration du délai de suspension, le tribunal, sur requête, bien que le texte ait oublié de le dire, accordera la permission de citer, sans aucune nouvelle tentative de conciliation.

116. — L'exposé qui précède de la portée du nouvel article 240, Code civil belge, permet, pensons-nous, d'en apercevoir les imperfections d'ensemble.

Peut-être victime des raisons qui l'ont fait naître, il n'a pas heureusement réalisé l'idée juste qui aurait dû seule l'inspirer.

Mettre au seuil de la procédure du divorce un obstacle aux entraînements d'une irritation passagère ou d'une passion violente, rien de mieux. Elever contre toute demande en divorce quelle qu'elle soit une barrière qui en arrête obligatoirement la marche pendant un délai de deux mois au moins, c'est apporter à l'exercice d'un droit une entrave illégitime et nuisible chaque fois qu'elle n'est pas nécessaire. Là où la multiplicité des espèces et la variété des circonstances voulaient le discernement et le tact d'un magistrat expérimenté, la loi, par défiance évidente à l'égard de ce magistrat, a placé une règle immuable à laquelle elle n'admet qu'un tempérament insuffisant. Pour être impérative elle commettra parfois des injustices. La suspension de la permission de citer aurait dû n'avoir comme avant 1905 qu'un caractère facultatif.

D'autre part, mais ceci est une critique moins grave, pour statuer sur une question qui, en l'absence de débats

contradictoires sérieux, et au début d'une procédure encore embryonnaire, doit être résolue sur des impressions et non pas sur des preuves, la loi, au lieu de s'en remettre au magistrat qui a reçu directement ces impressions, fait appel à un tribunal qui ne les subira que par personne interposée ; elle oublie qu'en réalité, le président, par sa situation et par la connaissance qu'il aura de l'affaire, emportera presque toujours la décision de ses collègues, et que ceux-ci se borneront à couvrir son appréciation de leur responsabilité collective, ou plus exactement de leur irresponsabilité collective.

117. Propositions de textes nouveaux. — Il résulte de ces observations qu'une réforme avantageuse, en France comme en Belgique, serait plutôt celle qui consisterait à permettre au président, après une tentative de conciliation malheureuse mais non décourageante, d'ajourner les parties à un délai qui n'excéderait pas six mois et à l'expiration duquel les époux auraient à se représenter devant lui qui devrait alors délivrer le permis de citer si le rapprochement qu'il espérait n'avait pas lieu.

Il suffirait pour introduire cette innovation dans la loi française de rédiger ainsi l'alinéa 6 de l'article 240 n. du Code civil (1) :

« Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser
« le demandeur à citer, peut, si l'article 232 n'est pas
« invoqué par celui-ci, ajourner les parties à un délai
« qui n'excède pas six mois, sauf à ordonner les mesures
« provisoires nécessaires. »

(1) Le texte en vigueur est ainsi conçu : « Le juge, suivant les
« circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajour-
« ner les parties à un délai qui n'excède pas 20 jours, sauf à ordon-
« ner les mesures provisoires nécessaires. ».

L'article 246 n. continuant à être applicable, (259 et 260 le sont toujours en Belgique), le président au début du procès et le tribunal à la fin pourront l'un et l'autre chercher, par une mesure dilatoire de durée suffisante, à réconcilier les époux.

Une commission de la Société d'études législatives, ayant eu à étudier la question de l'extension des causes du divorce et ayant examiné la plupart des institutions étrangères que nous venons de voir, avait proposé dans son rapport présenté par M. Tissier (v. note du n° 103), une disposition inspirée du droit allemand : « Lorsque
« la demande en divorce a été formée pour toute autre
« cause que celle qui est prévue par l'article 232, le tri-
« bunal peut, en tout état de cause, et même d'office, s'il
« le juge utile, suspendre la procédure, sans que ce sur-
« sis implique pour lui l'obligation de prononcer le
« divorce à l'expiration du délai fixé. Il ne peut sus-
« pendre la procédure qu'une seule fois et pour une du-
« rée ne dépassant pas six mois. ». La commission sou-
haitait qu'on substituât ce texte à l'article 246 actuel. Il nous est peut-être réservé de voir notre travail devenir une étude d'ordre purement historique.

118 Droit international privé. — Quoi qu'il en soit, il nous reste, à l'heure présente, un dernier mot à dire qui concerne le droit international privé.

Comment devons-nous à ce sujet envisager l'institution du sursis telle qu'elle a été organisée par le Code civil puis par la loi de 1886 ? Est-ce une règle de forme, est-ce une règle de fond ? Selon que nous adopterons l'une ou l'autre de ces conceptions, les conséquences seront différentes en matière de conflit de lois.

Règle de forme, l'article 246 n. sera sans réserve

applicable aux étrangers dont la loi nationale admet le divorce et vis-à-vis desquels les juges français se seront déclarés compétents. Règle de fond, il devra s'effacer devant la loi étrangère correspondante, seule compétente en la matière et qui sera suivie si elle se trouve en harmonie avec l'ensemble de la loi française.

Mais il ne faut pas se dissimuler qu'en notre matière les règles de procédure sont si intimement liées au fond, que la substitution des errements de la procédure locale à ceux de la procédure nationale peut modifier en réalité dans une assez large mesure la conception admise par la loi nationale et que, d'autre part, l'application de la loi nationale pour le fond risque fort de contrarier les principes établis par la *lex fori* pour la poursuite des procès en divorce.

Si bien que, quel que soit le système suivi, le résultat ne sera jamais que médiocre, qu'une cote mal taillée.

Or choisir entre les deux partis à prendre paraît extrêmement délicat. Qu'on en juge par cet exemple tiré des institutions suisses.

On se rappellera sans doute (v. n° 109) que le législateur helvétique, qui a consacré dans son Code civil fédéral la séparation de corps-épreuve du divorce, s'est refusé à y admettre une suspension d'instance qu'il jugeait règle de procédure ne pouvant être édictée que par les textes particuliers à chaque canton.

En quoi donc se serait distinguée cette institution tenue pour règle de forme, de la précédente considérée, elle, comme règle de fond ? La séparation des époux y aurait existé de la même manière : l'article 170, alinéa 2 du Code civil suisse (v. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 243) confère directement le droit à chacun des époux d'avoir

une résidence séparée dès l'introduction de la demande, c'est-à-dire dès la signification de celle-ci. Et d'un autre côté, en cas de séparation de corps, le juge peut ordonner le maintien du régime matrimonial, si l'un des conjoints ne demande pas la séparation de biens (art. 155, C. c. suisse; v. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 224 s.). Que reste-t-il donc qui différencie la séparation temporaire d'une suspension de procédure? Ceci seulement, qu'à l'expiration du délai de suspension fixé, cette dernière mesure n'aurait aucune autorité vis-à-vis du juge alors requis de se prononcer et qui pourrait le faire librement, tandis que le jugement ayant ordonné la séparation de corps à titre d'épreuve oblige en principe le juge saisi après l'épreuve à prononcer le divorce (art. 148, C. c. suisse; v. n° 108).

En résulte-t-il qu'il faudra prendre pour critérium d'une disposition de fond en notre matière, l'effet décisif du jugement imposant le délai d'attente sur le jugement à rendre par la suite? Si nous l'appliquions au droit antérieur suisse, nous nous verrions forcés de déclarer que le législateur de 1874 n'a pas eu les mêmes scrupules que celui du xx^e siècle et a introduit dans une loi fédérale (v. n° 107) une disposition qui, d'après l'idée exprimée plus haut, ne doit pas être considérée comme une règle de fond, puisque suivant l'article 47 de cette loi, le juge statuant après la séparation d'épreuve se prononce selon sa conviction du moment.

Mais nous ne croyons pas qu'il faille se fier à un pareil indice.

En raison du caractère hybride des dispositions de ce genre, nous pensons qu'il faut s'en remettre aux déclarations du législateur lui-même.

Par l'article 246 n., évidemment, le jugement de sursis à une autorité de chose jugée qui s'impose au juge après sursis, mais les rédacteurs du Code civil et ceux de la loi de 1886 ont placé le texte qui organise notre institution dans la Section 1^{re} du Chapitre II du Titre du Divorce, c'est-à-dire, parmi les textes qui règlent les formes, la procédure du divorce. L'article 246 est une disposition de procédure.

La loi locale sera donc seule à considérer : le juge français qui s'est déclaré compétent sur une demande en divorce formée devant lui par un étranger dont la loi admet le divorce, pourra rendre un jugement de sursis dans les termes de l'article 246 n., sans avoir égard aux dispositions de la loi nationale des parties (1).

(1) Conf. Maurice Travers. *La convention de La Haye relative au divorce et à la s. de c.*, p. 165.

Vu : *Le Doyen*,
P. CAUWÈS.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
Albert TISSIER.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

L. LIARD.

RÉFÉRENCES AUX RECUEILS DE JURISPRUDENCE
DES
DÉCISIONS CITÉES AU COURS DE CETTE ÉTUDE

- 16 germinal, an XIII (6 avril 1805). *Cour de Besançon*. — Sirey, coll. nouv. 2. 2. 40 ; Palais, XIII. 203 (cité à la date du 15 Vendémiaire an XIII). Dalloz alph. 11. 886.
- 1^{er} prairial an XIII (21 mai 1805). *Cour de Montpellier*. — S 13. 2. 300.
- 11 juin 1806. *Cour de Trèves*. — S. V. 7. 2. 907 ; coll. nouv. 2. 2. 151 ; Palais, 1806. 374.
- 7 août 1806. *Cour d'Amiens*. — S. 7. 1. 485.
- 26 mai 1807. *Cour de cassation*. — S. 7. 1. 484 ; D. alph. 11. 938
- 8 juillet 1807. *Cour de Nîmes*. — S. coll. nouv. 2. 2. 274 ; D. alph 11. 932.
- 26 août 1809. *Trib. de la Seine* — (V. 20 mars 1810. C. de Paris).
- 20 mars 1810. *Cour de Paris*. — P. 1810. 1. 88.
- 2 août 1824. *Cour de Bastia*. — D. 1825. 2. 214.
- 21 février 1826. *Cour de Rennes*. — S. V. 28. 2. 167 ; coll. nouv. 8. 2. 196 ; D. 1828. 2. 30 ; Journal des avoués, t. XXI, p. 134.
- 1^{er} février 1855. *Cour de Liège*. — D. R. S. v^o Div. 452 ; Pasierisie, 1855. 2. 98 ; Clœz et Bonjean, III, p. 1129
- 13 février 1864. *Trib. de Bruxelles*. — Pasierisie, 1867. 2. 83.

- 24 avril **1866** *Cour de Bruxelles*. — Pasicrisie, 1867. 2. 83 ; Belgique judiciaire, 1866, p. 691.
- 10 mai **1873** *Trib. d'Anvers*. — Pasicrisie, 1875. 3. 138.
- 12 mai **1886** *Trib. de Liège*. — (V. 3 mars 1887. C. de Liège).
- 6 juillet **1886** *Trib. de Sedan*. — (V. 15 avril 1896. C. de Nancy).
- 12 août **1886** *Trib. de Die*. — Gazette du Palais, 24 sept. 1886 ; Recueil 1886. 2. 497.
- 3 mars **1887** *Cour de Liège*. — D. 1888. 2. 308 ; Pasicrisie, 1887. 2. 275 ; Journal des Trib. belges, 7 avril 1887, p. 447.
- 6 avril **1887** *Trib. de Péronne*. — (V. 30 novembre 1887. C. d'Amiens).
- 30 novembre **1887** *Cour d'Amiens*. — S. 1888. 2. 87 ; D. 1890. 5. 158 ; Pandectes, 1888. 1. 468 ; Journ. aud. Amiens, 1887. pp. 234 et 327 ; France judiciaire, 1887, n° 303 ; Gaz. du Palais, 1887. 2. 57 ; Rec. pér. et crit. de jurisp. div. Smets, 1887, pp. 296 et 300.
- 19 juin **1889** *Trib. de la Seine*. — Pand. 89. 2. 210.
- 11 août **1892** *Cour d'Amiens*. — Journ. des aud. Amiens, 1893, p. 185.
- 28 février **1894** *Trib. de Liège*. (V. 3 décembre 1896. C. de Cassation belge).
- 1^{er} mai **1895** *Trib. de Liège*. (V. 3 décembre 1896. C. de Cassation belge).
- 5 février **1896** *Cour de Liège*. (V. 3 décembre 1896. C. de cassation belge).
- 15 Avril **1896** *Cour de Nancy*. — D. 1899. 2. 129. (Note de M. Brésillion).
- 3 décembre **1896** *Cour de cassation belge*. — Pand. belges pér., 1897, n° 483 ; Belg. jud. 1897, p. 785. (Note).
- 7 novembre **1901** *Trib. de Clermont-Ferrand*. — « La Loi », 11 novembre 1901.
- 7 juillet **1902** *Cour de Paris*. (V. 22 mai 1903. Trib. de la Seine).

- 24 juillet 1902. *Trib. de la Seine*. — (V. 25 février 1903. C. de Paris).
- 25 février 1903. *Cour de Paris*. — S. 1903. 2. 113. (Note non signée); D. 1903. 2. 53. (Note signée G. L.); Gaz. des Trib. 18 mars 1903, Recueil, 1903. I. 2. 351; « Le Droit », 4 avril 1903; Gaz. du Palais, Recueil, 1903. 1. 730; France judiciaire, 1903. 2. 124.
- 9 mai 1903. *Cour de Liège*. — Pand. belges pér., 1903, n° 1146; Jurisp. Liège, 1903, p. 205.
- 22 mai 1903. *Trib. de la Seine*. — S. 1906. 2. 240 (en sous note); Gaz. des Trib., 8 juillet 1903, Rec., 1903. II. 2. 261; « Le Droit », 7 août 1903.
- 11 février 1904. *Tr. de Sens*. — (V. 13 novembre 1905. C. de Paris).
- 7 juillet 1904. — *Cour d'Aix*. — Gaz. des Trib., 30 juillet 1904, Rec., 1904. II. 2. 247; Gaz. du Palais, 1904. 2. 292; « Le Droit », 7 août 1904; France judiciaire, 1904. 2. 327; Monit. judic. Lyon, 22 septembre 1904.
- 20 juillet 1904. *Cour de Paris*. — S. 1906. 2. 11; D. 1906. 2. 351; Rec. Gaz. du Palais, 1905. 2. 594; France judiciaire, 1906. 2. 67.
- 15 octobre 1904. *Trib. de Liège*. — (V. 1^{er} décembre 1905. Même tribunal).
- 8 mai 1905. *Cour de Dijon*. — S. 1906. 2. 43; D. 1905. 2. 464; Pand. 1905. 2. 371; Gaz. des Trib., 17 juin 1905, Rec. 1905. I. 2. 180; « Le Droit », 6 juin 1905; France judiciaire, 1905. 2. 340; Rec. pr. céd. civ., 1905. 333.
- 4 août 1905. *Trib. de Tarascon*. — (V. 27 novembre 1907. C. d'Aix).
- 13 novembre 1905. *Cour de Paris*. — S. 1906. 2. 11; D. 1906. 2. 351; Gaz. des Trib., 22 novembre 1905, Rec. 1906. I. 2. 113; Gaz. du Palais, 9 décembre 1905, Rec. 1905. 2. 594; « Le Droit », 16 décembre 1905.
- 1^{er} décembre 1905. *Trib. de Liège*. — Pasicrisie, 1906. 3. 77;

- Pand. belges pér., 1905, n° 974 ; Jurispr. Liège, 1905, p. 326.
- 16 décembre 1905. *Trib. de Marseille*. — (V. 22 mai 1906. C. d'Aix).
- 22 mai 1906. *Cour d'Aix*. — S. 1906. 2. 239 ; D. 1907. 2. 325 ; Gaz. des Trib. 10 juillet 1906, Rec. 1906. II. 2. 228 ; Gaz. du Palais, 27 juillet 1906, Rec. 1906. 2. 86 ; « Le Droit », 22 août 1906.
- 12 juillet 1906. *Cour d'Orléans*. — Gaz. des Trib., 12 octobre 1906, Rec., 1906. II. 2. 474 ; « Le Droit », 21 octobre 1906.
- 3 août 1906. *Trib. de Tarascon*. — (V. 27 novembre 1907. C. d'Aix).
- 29 décembre 1906. *Trib. de Foix*. — (V. 21 novembre 1908. C. de Toulouse).
- 16 avril 1907. *Trib. de Die*. — (V. 31 décembre 1907. C. de Grenoble).
- 22 avril 1907. *Cour de cassation. Ch. des requêtes*. — S. 1909. 1. 537. (Note de M. Tissier) ; D. 1911. 1. 409. (Note de M. Boutaud) ; Pand. 1907. 1. 245 ; « La Loi », 24 octobre 1907 ; Moniteur judic. Lyon, 13 octobre 1908.
- 19 octobre 1907. *Cour de Nancy*. — Gaz. du Palais, 5 décembre 1907, Rec. 1907. 2. 582 ; « La Loi », 21 novembre 1907.
- 27 novembre 1907. *Cour d'Aix*. — Rec. Gaz. des Trib. 1908. II. 4. 55, v° Div. n° 6 (résumé) ; Gaz. du Palais, 24 avril 1908, Rec. 1908. 1. 467.
- 31 décembre 1907. *Cour de Grenoble*. — S. 1909. 1. 540 ; Rec. Gaz. des Trib. 1908. II. 4 v° Div. n° 18 (résumé) ; « Le Droit », 5 mai 1909 ; Recueil Grenoble, 1908. 13.
- 21 novembre 1908. *Cour de Toulouse*. — D. 1909. 5. 3 ; Pand. 1909. 2. 39 ; Gaz. du Palais, 13-14 décembre 1908, Rec. 1908. 2. 570.
- 30 novembre 1908. *Cour de Cassation. Ch. des requêtes*. — S.

1909. 1. 537. (Note de M. Tissier); D. 1911 1. 409.
(Note de M. Boutaud); Gaz. des Trib., 1^{er} mai 1909,
Rec. 1909. I. 1. 178; Gaz. du Palais, 19 décembre
1908, Rec. 1908. 2. 590; « Le Droit »; 5 mai 1909.
- 3 mai 1909. *Cour d'Agen*. — D. 1910. 27. 29. (Note).
- 10 mai 1909. *Cour de cassation. Ch. civile* — S. 1909. 1. 537.
(Note de M. Tissier); D. 1909. 1. 289. (Note de M. Louis
Guénée); Gaz. des Trib. 18 mai 1909, Rec. 1909. I. 1.
204; Rec. Gaz. du Palais, 1909. 1. 722; « Le Droit »,
22 mai 1909.
- 3 juillet 1909. *Trib. de la Seine* — Gaz. des Trib. 29 juillet
1909, Rec. 1909. II. 2. 459; Gaz. du Palais, 20 août
1909, Rec. 1909. II. 2. 231; « Le Droit », 31 octobre
1909; « La Loi », 29 juillet 1909.
- 13 juillet 1909. *Trib. de Châtillon-sur-Seine*. — Rec. Dijon,
1910. 84.
- 30 octobre 1909. *Cour de Rouen*. — « Le Droit », 27 novem-
bre 1909.
- 20 janvier 1911. *Trib. de Reims* — Gaz. du Palais, 7 mars
1911.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Pages.

L'article 246 n. — Origine et rôle historique du sursis dans l'institution du divorce. — Son application en jurisprudence. — La doctrine.....	1
1. L'article 246 n.....	1
2. Son fonctionnement.....	2
3. Rôles possibles du sursis dans l'institution du divorce	3
4. Son origine.....	4
5-10. Travaux préparatoires du Code civil.....	5
11. Rôle du sursis et caractère de son application de 1804 à 1816.....	18
12. La loi de 1884.....	20
13. La loi de 1886	22
14. L'évolution accomplie. Ses motifs.....	25
15. L'application du sursis par la jurisprudence depuis le rétablissement du divorce.....	28
16. Étude du sursis par la doctrine.....	30
17. Plan de l'étude juridique de l'institution du sursis..	30

CHAPITRE II

Caractère juridique du jugement de sursis ..	33
18. La loi de 1886 ne l'a pas altéré.	33
19. Les systèmes en présence.....	34
20. Opinion de M. Tissier	35
21-27. Notre manière de voir.....	39

CHAPITRE III

Conditions d'exercice du pouvoir de sursis.....	47
28. Caractère facultatif de l'application du sursis.....	47
29. Conditions d'exercice du pouvoir de sursis.....	48
<i>1^o Il faut qu'il s'agisse d'une demande en divorce (n^o 30)...</i>	<i>49</i>
31. Le sursis n'est pas applicable en matière de séparation de corps.....	49
32. Cas particuliers.....	52
33. Le sursis n'est pas applicable en matière de conversion.....	54
34. Demande reconventionnelle en divorce.....	57
<i>2^o Il faut que la demande en divorce ait été formée pour certaines causes (n^o 35).....</i>	<i>58</i>
35. Le Code civil.....	58
36. La loi de 1886.....	59
<i>3^o Il faut que la demande soit bien établie (n^o 37).....</i>	<i>62</i>
39. — 1. Le sursis ne peut être prononcé quand la demande n'est pas encore établie.....	65
40. — 2. Le sursis ne peut être prononcé quand la demande est considérée comme non fondée...	66
<i>4^o Le juge ne peut fixer à plus d'un certain nombre de mois la durée du temps d'épreuve (n^o 41).....</i>	<i>68</i>
<i>5^o Le juge est obligé de maintenir ou de prescrire pour la durée du temps d'épreuve l'habitation séparée et les mesures provisoires nécessaires (n^o 42).....</i>	<i>70</i>
43-45. Séparation de résidence.....	73
46. Maintien du devoir de fidélité.....	76
47. Maintien du devoir de secours.....	77
48. Mesures provisoires autres que la séparation obligatoire des époux et la provision pouvant être due à l'un d'eux.....	80
<i>6^o Le pouvoir de sursis ne peut être exercé que par le tribunal (nos 50-55).....</i>	<i>82</i>

CHAPITRE IV

Contenu du jugement de sursis (n° 56)	89
59. Motifs.....	91
60. Dispositif.....	95
Solution du litige.....	95
61. Dépens	96

CHAPITRE V

Attitudes des parties après le jugement de sursis. — Voies de recours dont celui-ci est susceptible	99
62. Signification du jugement de sursis.....	99
63. Voies de recours.....	101
64. Opposition.....	101
65-72. Appel.....	104
73. Absence d'autres voies de recours.....	112
74. Acquiescement.....	113
75. Désistement d'appel.....	113
76. Renonciation au bénéfice du jugement.....	114

CHAPITRE VI

Assignation après sursis (n° 78)	115
79. Expiration du délai d'épreuve.....	115
Calcul du délai (79-82).....	115
83. Prescription.....	119
86. Qui peut assigner.....	121
87. Assignation.....	123

CHAPITRE VII

Seconde instance et jugement après jugement de sursis (n° 88)	125
89. Applicabilité de l'article 241 n. C. C.....	125
90-95. Délivrance de l'autorisation de divorcer.....	126
96. Au profit de qui le divorce doit-il être « prononcé » ?	131

	Pages.
97. Irrecevabilité d'une demande reconventionnelle...	133
98. Transformation de la demande en divorce en demande en séparation.....	135
99. Mesures accessoires.....	138
100. Dépens.....	139
101. Voies de recours contre le jugement après sursis...	140
102. Date des effets d'un divorce après sursis.....	143

CHAPITRE VIII

Législation comparée. — Propositions de textes nouveaux. — Droit international privé	145
103. Législation comparée.....	145
104. I. Sursis au divorce.....	145
105. II. Séparation de corps temporaire.....	146
106. Hongrie.....	147
107-109. Loi fédérale suisse du 24 décembre 1874. Code civil suisse.....	148
110. III. Suspension de procédure.....	152
111-112. Article 620 du Code de procédure allemand.....	152
113-116. Article 240 nouveau du C. civil belge (Loi du 11 février 1905).....	155
117. Propositions de textes nouveaux.....	164
118. Droit international privé.....	165

<i>Références aux recueils de jurisprudence des décisions citées au cours de cette étude.....</i>	<i>169</i>
---	------------

